



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

Processo n° 16561.720063/2016-36
Recurso n° De Ofício e Voluntário
Acórdão n° 1302-002.793 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 16 de maio de 2018
Matéria ÁGIO OPERAÇÕES SOCIETÁRIAS. ÁGIO. OFERTA PÚBLICA DE AÇÕES
Recorrentes COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMÉRICAS - AMBEV
FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2011, 2012, 2013

DECADÊNCIA. INOCORRÊNCIA.

O instituto da decadência tributária diz respeito à ocorrência do fato gerador e sua posterior constituição por lançamento. Não havendo lançamento não há que se falar em decadência.

MULTA QUALIFICADA. FRAUDE.

Age de forma fraudulenta a empresa que, dolosamente, mascara a realidade, possibilitando a alteração das características essenciais do fato gerador, buscando a viabilização da dedução fiscal de um ágio cuja amortização não encontra respaldo legal.

ÁGIO DECORRENTE DA “OPERAÇÃO OPA”. GLOSA DE DESPESA DE ÁGIO. REQUISITOS DE REGISTRO E AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO. REQUISITOS LEGAIS PREENCHIDOS. DEDUTIBILIDADE

O art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1997, estabelece a definição de ágio e os requisitos do ágio, para fins fiscais. O ágio é a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor patrimonial das ações adquiridas. Os requisitos são a aquisição de participação societária e o fundamento econômico do valor de aquisição. Atendidas as disposições contidas nos arts. 385 e 386 do RIR/99; além dos requisitos de ordem formal, como o arquivamento da demonstração de rentabilidade futura do investimento e efetivo pagamento na aquisição, verifica-se a possibilidade de registro e amortização do ágio.

ÁGIO INTERNO.

Não tem eficácia tributária o ágio criado dentro de um grupo econômico, sem movimentação financeira, decorrente de conferência de ações de empresa estrangeira, pertencente ao grupo, a empresa nacional, sem motivação

negocial, apenas para criar o ágio artificialmente, para, menos de dois meses depois, as ações retornaram à empresa estrangeira.

DESPESA INDEDUTÍVEL. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO.

A despesa de amortização de ágio, decorrente de ágio considerado inoponível ao fisco, é despesa desnecessária à atividade da empresa.

MULTA ISOLADA. FALTA DE RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVA.

É devida a multa isolada por falta de recolhimento de estimativas mensais decorrentes de glosa de despesa de amortização de ágio inoponível ao fisco, não sendo aplicável a Súmula CARF nº 105, uma vez que o fato gerador é posterior à edição da Medida Provisória nº 351, de 2007, convertida na Lei nº 11.488, de 2007, que alterou a legislação sumulada.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA.

A interpretação teleológica e sistemática do conjunto normativo impõe o tratamento simétrico à CSLL nos casos de amortização de ágio, considerando que a neutralidade da avaliação pelo MEP inclui o ágio e o deságio e que esta neutralidade é aplicada à CSLL, conforme está expresso no artigo 2º da Lei nº 7.689, de 1988, que serviu, dentre outras normas, de fundamento para a presente autuação.

MULTA ISOLADA. FALTA DE RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVA.

É devida a multa isolada por falta de recolhimento de estimativas mensais decorrentes de glosa de despesa de amortização de ágio inoponível ao fisco, não sendo aplicável a Súmula CARF nº 105, uma vez que o fato gerador é posterior à edição da Medida Provisória nº 351, de 2007, convertida na Lei nº 11.488, de 2007, que alterou a legislação sumulada.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar de decadência suscitada, e, no mérito, por maioria, em dar provimento ao recurso voluntário (exigências de IRPJ, CSLL e Multas Isoladas) quanto a glosa do ágio gerado na aquisição por meio da OPA, vencidos os conselheiros Carlos Cesar Candal Moreira Filho (Relator), Carmen Ferreira Saraiva (Suplente convocada), e Maria Lucia Miceli; por voto de qualidade, em negar provimento ao recurso voluntário (exigências de IRPJ, CSLL e Multas Isoladas), quanto à glosa do ágio relativo a contribuição pela IBV na INBEV Holding, vencidos os conselheiros Marcos Antonio Nepomuceno Feitosa, Rogério Aparecido Gil, Gustavo Guimarães Fonseca e Flávio Machado Vilhena Dias. Por voto de qualidade, em dar provimento parcial ao recurso de ofício, para restabelecer a multa qualificada quanto ao segundo ágio (glosa do ágio relativo a contribuição pela IIBV na INBEV Holding), vencidos os conselheiros Marcos Antonio Nepomuceno Feitosa, Rogério Aparecido Gil, Gustavo Guimarães Fonseca e Flávio Machado Vilhena Dias, ficando prejudicada a análise do recurso de ofício quanto ao primeiro ágio (OPA), em face do provimento do recurso voluntário neste ponto. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Marcos Antonio Nepomuceno Feitosa. Manifestaram intenção de apresentar declaração de voto, os conselheiros Marcos Antonio Nepomuceno Feitosa e Luiz Tadeu Matosinho Machado.

(assinado digitalmente)

Luiz Tadeu Matosinho Machado - Presidente.

(assinado digitalmente)

Carlos Cesar Candal Moreira Filho - Relator.

(assinado digitalmente)

Marcos Antonio Nepomuceno Feitosa - Redator Designado.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Carlos Cesar Candal Moreira Filho, Marcos Antonio Nepomuceno Feitosa, Carmen Ferreira Saraiva (suplente convocada), Rogério Aparecido Gil, Maria Lúcia Miceli, Gustavo Guimarães da Fonseca, Flávio Machado Vilhena Dias e Luiz Tadeu Matosinho Machado (Presidente). Ausente justificadamente o conselheiro Paulo Henrique da Silva Figueiredo.

Relatório

Em julgamento crédito tributário constituído pela DEMAC - São Paulo relativo aos anos-calendário de 2011, 2012 e 2013, tendo como sujeito passivo a AMBEV S. A., sucessora da Companhia de Bebidas das Américas - AMBEV, cujos detalhes são abaixo reproduzidos:

IRPJ

AMORTIZAÇÃO

INFRAÇÃO: GLOSA DE ENCARGOS DE AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO

O sujeito passivo deduziu indevidamente das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL encargos de amortização de ágio, conforme apurado no Termo de Verificação Fiscal anexo, o qual constitui parte integrante e inseparável do presente Auto de Infração.

Fato Gerador (%)	Valor Apurado (R\$)	Multa
31/12/2011	1.032.354.162,00	150,00
31/12/2012	1.032.354.162,00	150,00
31/12/2013	860.148.332,00	150,00

Enquadramento Legal

Fatos geradores ocorridos entre 01/01/2011 e 31/12/2013:

art. 3º da Lei nº 9.249/95.

Art. 13, inciso III, da Lei nº 9.249/95;

Arts. 249, inciso I, 251 e parágrafo único, 299, 324, §§ 2º e 4º, e 325, todos do RIR/99;

Arts. 385 e 386 do RIR/99;

Arts. 129 e 132 da Lei nº 5.172/66 (Código Tributário Nacional).

MULTA OU JUROS ISOLADOS

INFRAÇÃO: FALTA DE RECOLHIMENTO DO IRPJ SOBRE BASE DE CÁLCULO ESTIMADA

Falta de recolhimento do IRPJ incidente sobre a base de cálculo estimada, conforme Termo de Verificação Fiscal anexo, que constitui parte integrante e inseparável do presente Auto de Infração.

Fato Gerador	Multa
31/07/2011	4.296.632,32

Processo nº 16561.720063/2016-36
Acórdão nº 1302-002.793

S1-C3T2
Fl. 12.843

30/10/2011	11.741.897,00
31/12/2011	113.005.740,92
31/12/2012	129.044.270,25
31/01/2013	10.753.689,19
31/08/2013	32.404.754,88
30/09/2013	15.880.673,18
31/12/2013	48.479.424,14

Enquadramento Legal

Fatos geradores ocorridos entre 31/07/2011 e 31/12/2013:

Arts. 129 e 132 da Lei nº 5.172/66 (Código Tributário Nacional).

Arts. 222 e 843 do RIR/99; art. 44, inciso II, alínea b, da Lei nº 9.430/96, com a redação dada pelo art. 14 da Lei nº 11.488/07

CSLL

CUSTOS/DESPESAS OPERACIONAIS/ENCARGOS

INFRAÇÃO: CUSTOS/DESPESAS OPERACIONAIS/ENCARGOS NÃO DEDUTÍVEIS

O sujeito passivo deduziu indevidamente das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL encargos de amortização de ágio, conforme apurado no Termo de Verificação Fiscal anexo, o qual constitui parte integrante e inseparável do presente Auto de Infração.

Fato Gerador	Valor Apurado (R\$)	Multa (%)
31/12/2011	1.032.354.162,00	150,00
31/12/2012	1.032.354.162,00	150,00
31/12/2013	860.148.332,00	150,00

Enquadramento Legal

Fatos geradores ocorridos entre 01/01/2011 e 31/12/2011:

Art. 2º da Lei nº 7.689/88 com as alterações introduzidas pelo art. 2º da Lei nº 8.034/90

Art. 57 da Lei nº 8.981/95, com as alterações do art. 1º da Lei nº 9.065/95

Art. 2º da Lei nº 9.249/95.

Art. 1º da Lei nº 9.316/96; art. 28 da Lei nº 9.430/96

Art. 28 da Lei nº 9.430/96.

Arts. 129 e 132 da Lei nº 5.172/66 (Código Tributário Nacional)

Art. 13, inciso III, da Lei nº 9.249/95

Art. 3º da Lei nº 7.689/88, com redação dada pelo art. 17 da Lei nº 11.727/08

Fatos geradores ocorridos entre 01/01/2012 e 31/12/2012:

Art. 2º da Lei nº 7.689/88 com as alterações introduzidas pelo art. 2º da Lei nº 8.034/90

Art. 57 da Lei nº 8.981/95, com as alterações do art. 1º da Lei nº 9.065/95

Art. 2º da Lei nº 9.249/95.

Art. 1º da Lei nº 9.316/96; art. 28 da Lei nº 9.430/96

Art. 28 da Lei nº 9.430/96.

Arts. 129 e 132 da Lei nº 5.172/66 (Código Tributário Nacional)

Art. 13, inciso III, da Lei nº 9.249/95

Art. 3º da Lei nº 7.689/88, com redação dada pelo art. 17 da Lei nº 11.727/08

Art. 28 da Lei nº 9.430/96, com redação dada pelo art. 39 da Medida Provisória nº 563/12.

Art. 28 da Lei nº 9.430/96, com redação dada pelo art. 49 da Lei nº 12.715/12.

Fatos geradores ocorridos entre 01/01/2013 e 31/12/2013:

Art. 2º da Lei nº 7.689/88 com as alterações introduzidas pelo art. 2º da Lei nº 8.034/90

Art. 57 da Lei nº 8.981/95, com as alterações do art. 1º da Lei nº 9.065/95

Art. 2º da Lei nº 9.249/95.

Art. 1º da Lei nº 9.316/96; art. 28 da Lei nº 9.430/96

Arts. 129 e 132 da Lei nº 5.172/66 (Código Tributário Nacional)

Art. 13, inciso III, da Lei nº 9.249/95

Art. 3º da Lei nº 7.689/88, com redação dada pelo art. 17 da Lei nº 11.727/08

Art. 28 da Lei nº 9.430/96, com redação dada pelo art. 49 da Lei nº 12.715/12.

**MULTA OU JUROS ISOLADOS
INFRAÇÃO: FALTA DE RECOLHIMENTO DA CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE A BASE
ESTIMADA**

Falta de recolhimento da CSLL incidente sobre a base de cálculo estimada, conforme Termo de Verificação Fiscal anexo, que constitui parte integrante e inseparável do presente Auto de Infração.

Fato Gerador	Multa
30/10/2011	2.325.969,14
31/12/2011	44.129.968,14
30/11/2012	1.925.795,39
31/12/2012	44.530.141,91
31/01/2013	3.871.328,11
31/08/2013	10.786.404,58
30/09/2013	5.716.092,11
31/12/2013	18.332.850,10

Em seu minucioso Relatório Fiscal, a autoridade administrativa descreve como se deram as operações societárias entre a Companhia de Bebidas das Américas AMBEV (Brasil) e o Grupo Interbrew (Bélgica). Abaixo passo a resumir o referido Relatório Fiscal, a maioria das vezes transcrevendo literalmente o descrito pela autoridade administrativa:

Os dois polos da negociação eram representados por: (i) as empresas controladas direta ou indiretamente por Jorge Paulo Lemann, Marcel Hermann Telles e Carlos Alberto da Veiga Sicupira, coletivamente referenciadas no documento como Grupo SB, a saber, S-Braco Participações S.A. ("SB", Brasil), Rougeval Limited ("ROUGEVAL", Bahamas), Tinsel Investments Inc. ("TINSEL", Bahamas), Braco S.A. ("BRACO", Brasil), Braco Management Inc. ("BRACO MANAGEMENT", Bahamas), Tinsel Participações Ltda. ("TINSEL PARTICIPAÇÕES", Brasil), Bracopar S.A. ("BRACOPAR", Brasil), Empresa de Administração e Participação S.A. – ECAP ("ECAP", Brasil), Tinsel Investments S.A. ("TINSEL LUX", Luxemburgo) e BRC S.A. ("BRC", Luxemburgo); e (ii) as empresas do grupo belga Interbrew: Stichting Interbrew ("STICHTING", Holanda), Eugenie Patri Sebastien ("EPS", Luxemburgo) e Interbrew S.A. ("INTERBREW", Bélgica)

A AMBEV (Brasil) celebrou dois contratos com a Interbrew (Bélgica): um de permuta ("Acordo de Contribuição e Subscrição") e outro de incorporação da LABATT (Canadá), ambos firmados em 3 de março de 2004. Para a conclusão dos negócios vários acordos foram acordados, de forma que houve uma reestruturação no Grupo SB e outra no Grupo Interbrew.

Acordo de Contribuição e Subscrição

O Grupo SB realizou várias alterações societárias de forma que, ao final, a AMBEV fosse controlada, direta e indiretamente, pela Tinsel Participações (cuja denominação passaria a ser Imbev Holding Brasil) como vemos esquematicamente abaixo:

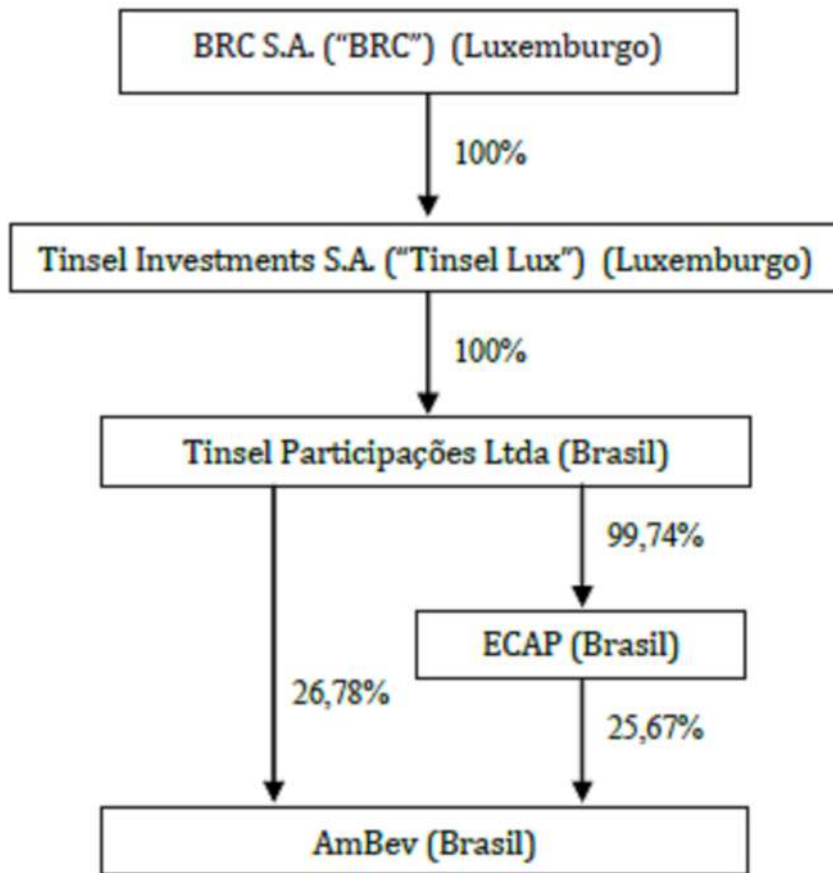


FIGURA 1

Como resultado da reestruturação a Tinsel Lux passa a exercer um controle indireto da AMBEV, com aproximadamente 52,45% de seu capital votante. Efetivada a concentração das ações ordinárias da AMBEV detidas pelo Grupo SB (cerca de 8,25 bilhões) e implementado o novo desenho societário exigido no "Acordo de Contribuição e Subscrição", os ex-acionistas majoritários da AMBEV trocaram a participação na Companhia de bebidas brasileira pela participação na Interbrew.

Pelos termos do Acordo de Contribuição e Subscrição, BRC S.A. manifesta a intenção de subscrever 141.712.000 de ações ordinárias de Interbrew em troca de todas as ações da Tinsel Lux. Em contrapartida, Interbrew também manifesta intenção de aceitar as ações da Tinsel Lux como forma de pagamento de BRC S.A. pela subscrição das 141.712.000 ações ordinárias de Interbrew.

Portanto, em troca das 141.712.000 ações ordinárias emitidas pela Interbrew, BRC cedeu à própria Interbrew (cuja denominação posterior passou a ser Imbev S/A) a Tinsel Lux, que direta e indiretamente controlava 52,45 da AMBEV.

Conforme fato relevante publicado em 27 de agosto de 2004 na Bélgica pela Imbev (como passou a denominar-se a Interbrew S.A.), a BRC, antiga controladora da Tinsel Investments S. A., contribuiu todas as suas ações da Interbrew S. A. recebidas em decorrência do aumento de capital mencionado acima, à Stichting Interbrew (Stichting), em permuta por 141.712.000 certificados da Stichting. As 321.712.000 ações da Inbev então pertencentes à Stichting representavam aproximadamente 56% de todas as ações emitidas e em circulação da

Inbev, tendo sido celebrado um acordo de acionistas entre Stichting e seus sócios (BRC, Eugène Patri Sábastien (EPS), e uma afiliada da EPS Rayvax Société d'Investissements S. A.) que trata, dentre outras coisas, de certos aspectos relacionados à governança e à gestão da Stichting e Inbev, e à transferência de ações da Inbev.

Em resumo, após a operação, em agosto de 2004, BRC passou a deter 44% das ações com direito a voto da Stichting, que passou a deter aproximadamente 56% das ações ordinárias da Interbrew, cuja participação na AMBEV passou a ser de cerca de 53%, como abaixo ilustrado:

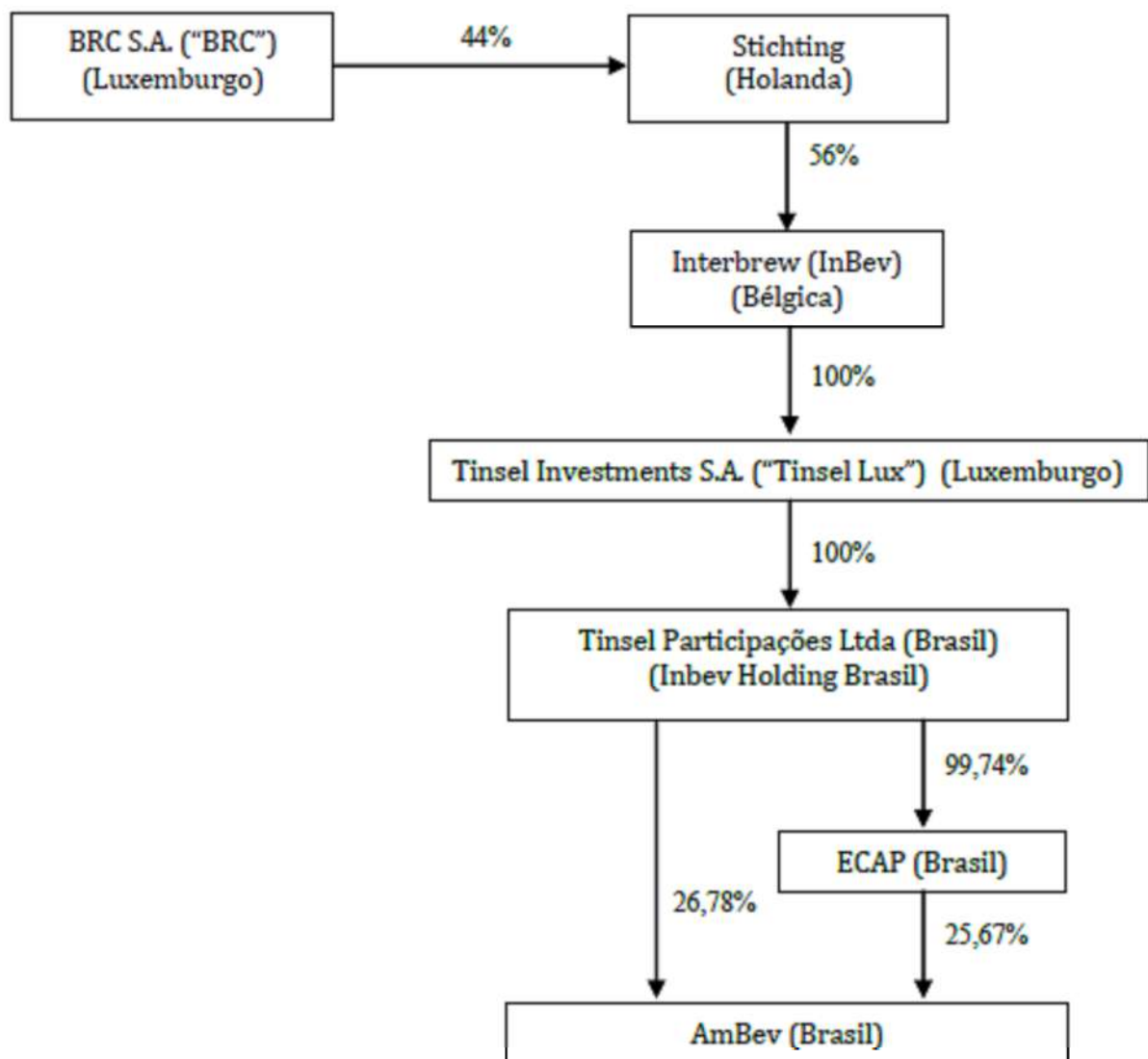


FIGURA 2

A permuta, contudo, tinha como condição a incorporação da LABATT (Canadá) pela AMBEV, cujas condições estavam estabelecidas no acordo de incorporação que passamos a analisar.

Acordo de Incorporação

Juridicamente, a incorporação não foi da operacional canadense Labatt, mas de sua controladora, a Mergeco (constituída em 25 de fevereiro de 2004), então subsidiária integral da Interbrew S. A. A operação considerava-se referendada na data da 2ª AGE dos acionistas da AmBev (cuja realização se deu em 27 de agosto de 2004). Em contrapartida à incorporação dos ativos líquidos da Mergeco, os seus acionistas receberiam 9.532.468.614 de novas ações ordinárias e 13.812.648.539 de novas ações preferenciais da AmBev. Para fins da incorporação e da emissão das novas ações da AmBev, os ativos líquidos da Mergeco deveriam presumir-se compostos pelas ações da Labatt Holding B.V. (“Labatt Holdco”, Holanda), que por sua vez deveria ser presumida proprietária das ações da Labatt Canadá. As novas ações da AmBev deveriam ser emitidas por um valor consensualmente aprovado pelos respectivos acionistas da AmBev e da Mergeco e suportado por relatório de avaliação econômica.

Conforme estipulado, a Interbrew S.A. (que passou posteriormente a se denominar InBev S.A.) deveria, antes do fechamento do Acordo de Incorporação, promover uma reestruturação societária com a finalidade de transferir para outras empresas do grupo certas unidades de negócios que eram detidas pela Labatt, mas que não seriam adquiridas pela AmBev. Feito o rearranjo, a Labatt canadense deveria fazer parte da seguinte estrutura societária:

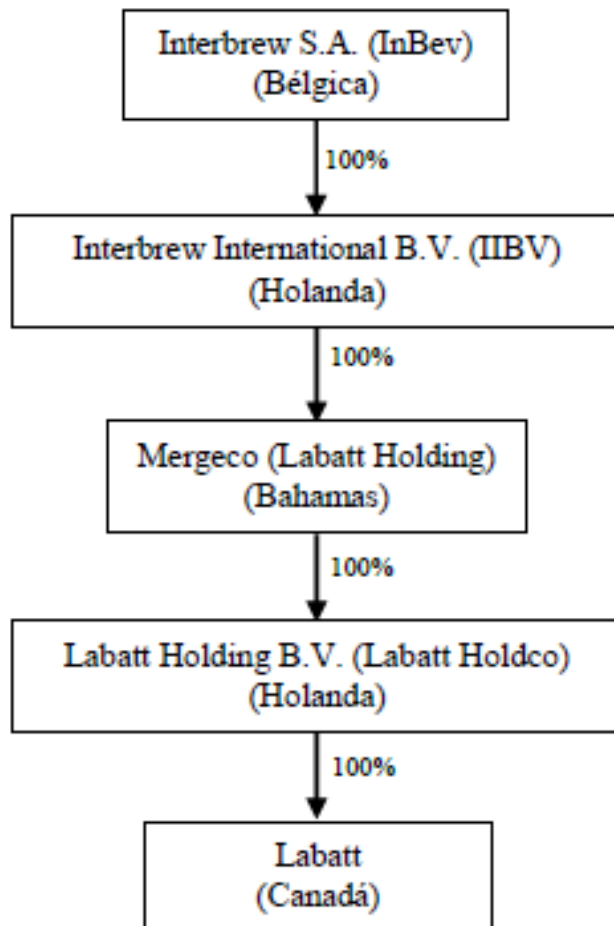


FIGURA 3

Por conta dessa reestruturação do grupo belga – pela qual a AmBev deixou de adquirir participações que lhe dariam acesso aos mercados mexicano e norte-americano de bebidas (como houvera sido vislumbrado pelos ex-controladores da AmBev), restando apenas o mercado canadense –, o atrás referido número de novas ações ordinárias a ser emitido pela cervejaria

brasileira se reduziu de 9.532.468.614 para 7.866.181.882, ao passo que as novas ações preferenciais reduziram-se de 13.812.648.539 para 11.398.181.319.

Assim, concluídas as etapas estipuladas pelos dois acordos (agosto/2004), os grupos econômicos podem ser vistos com o seguinte desenho (percentuais indicam a participação no capital votante), depois da incorporação da Mergeco (Labatt Holding Bahamas) pela AmBev, que, em contrapartida, entregou novas ações à Interbrew International B.V. (IIBV), sociedade domiciliada na Holanda, que controlava 100% da Mergeco:

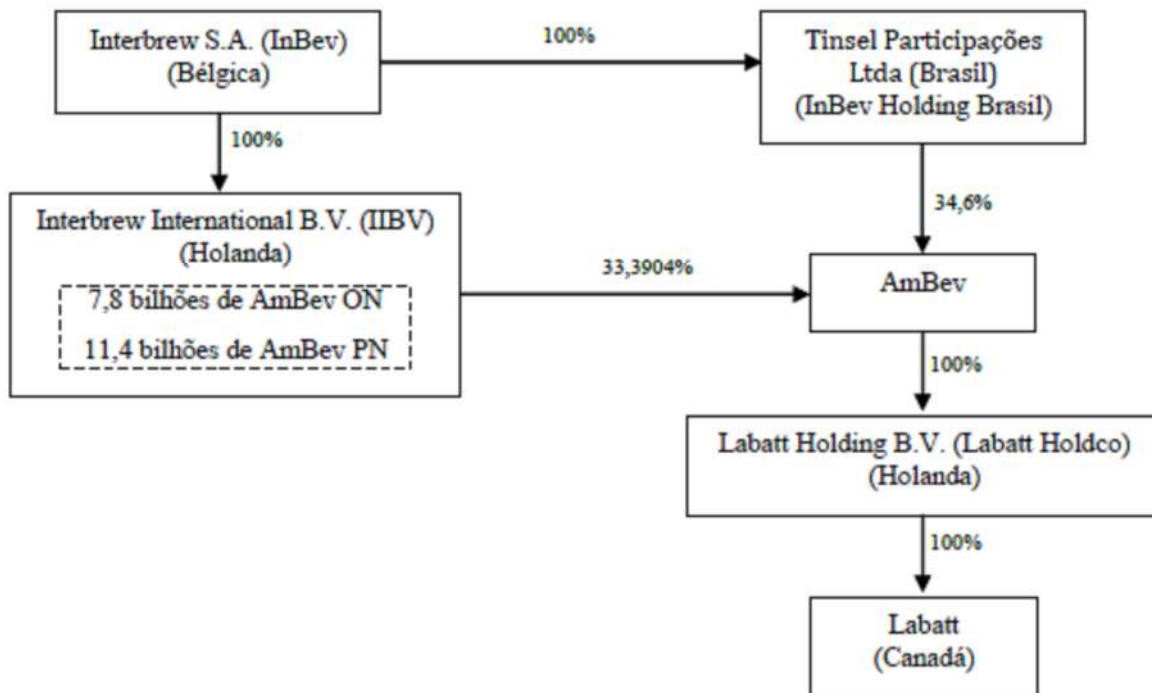


FIGURA 4

Formação dos ágios

O excesso de detalhes pode contribuir para que se perca o panorama da situação. O formulário 20-F (arquivado em inglês na Securities and Exchange Commission) relativo ao ano de 2006, traduzido para o português, traça um bom retrospecto da operação e retrata o desenho societário dos dois grupos antes e depois das operações de permuta e de incorporação, chamadas conjuntamente de “operações InBev-AmBev” no referido formulário. Seguem alguns trechos de interesse extraídos do 20-F:

Operações InBev-AmBev

As “operações InBev-AmBev” consistiram em duas operações negociadas simultaneamente: (i) na primeira operação, o Grupo Braco trocou suas ações na AmBev por ações na Interbrew S.A./N.V. (“Interbrew”); e (ii) na segunda operação, a AmBev emitiu ações para a Interbrew em troca de uma participação de 100% na Interbrew na Labatt.

Controle acionário da AmBev e da Interbrew antes das operações InBev- AmBev

AmBev

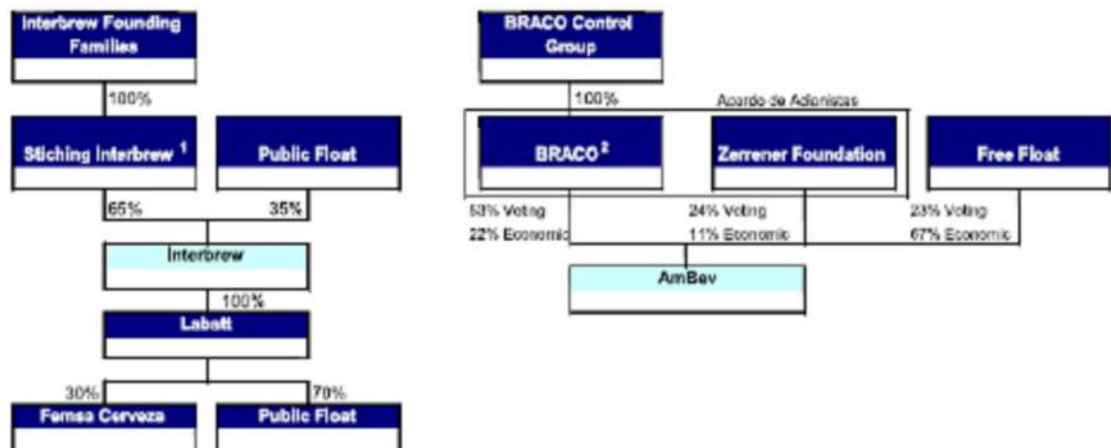
Imediatamente antes das operações InBev-AmBev, a AmBev era uma companhia aberta com ações negociadas na Bolsa de Valores de São Paulo e na Bolsa de Valores de Nova Iorque, controlada pelo Grupo Braco e pela FAHZ segundo os termos do Acordo de Acionistas da AmBev. O Grupo Braco detinha aproximadamente 53% das ações ordinárias da AmBev enquanto a FAHZ detinha aproximadamente 24% das ações ordinárias da AmBev. Os 23% restantes das ações ordinárias da AmBev eram publicamente negociados.

Interbrew

A Interbrew também era uma companhia aberta com ações negociadas na Euronext — Bruxelas, e era controlada pela Stichting Interbrew (“Stichting”), que possuía aproximadamente 64% das ações ordinárias da Interbrew.

Duas fundações de caridade, a Fund Voorzitter Verhelst e a Fund InBev-Baillet Latour (“Fundações InBev”) possuíam aproximadamente 2% das ações ordinárias da Interbrew. O restante das ações ordinárias da Interbrew era negociado no mercado. A Stichting representava as participações da Interbrew Founding Families. A Interbrew possuía, por meio de algumas controladoras, 100% da Labatt.

O quadro abaixo ilustra a estrutura da participação acionária da AmBev e da Interbrew anteriormente às operações InBev-AmBev.



(1) Inclui, a título de ilustração, as fundações das afiliadas

(2) Participações reestruturadas do atual Grupo de Controle BRACO

FIGURA 5

Troca de ações entre o Grupo Braco e a Interbrew Founding Families

Em março de 2004, várias entidades controladas pelo Grupo Braco celebraram um contrato (o “Contrato de Contribuição e Subscrição”) com a Interbrew e várias entidades representando as participações da Interbrew Founding Families para trocar

sua participação controladora na AmBev por ações com direito a voto recém-emitidas, representando 24,7% das ações com direito a voto da Interbrew.

Após o fechamento dessa operação em agosto de 2004, (i) o Grupo Braco recebeu aproximadamente 44% do capital com direito a voto da Stichting, que, em consequência, passou a deter aproximadamente 56% das ações ordinárias da Interbrew, e (ii) a Interbrew recebeu uma participação votante de aproximadamente 53% e uma participação econômica de 22% na AmBev. Essa participação com direito a voto estava sujeita ao Acordo de Acionistas pré-existente da AmBev, conforme alterado em relação às operações InBev-AmBev. Além disso, a Interbrew foi renomeada InBev.

Aquisição da Labatt

Em março de 2004, a AmBev firmou um Protocolo de Incorporação segundo o qual uma controladora indireta da Labatt seria incorporada pela AmBev. Em razão da aquisição da Labatt, a AmBev emitiu ações ordinárias e preferenciais para a Interbrew.

Com a conclusão desta operação em agosto de 2004, (i) a Labatt tornou-se uma subsidiária integral da AmBev, e (ii) a Interbrew aumentou sua participação na AmBev para aproximadamente 68% das ações ordinárias e 34% das ações preferenciais.

Estrutura acionária da InBev e da AmBev após a conclusão das operações InBev- AmBev

InBev

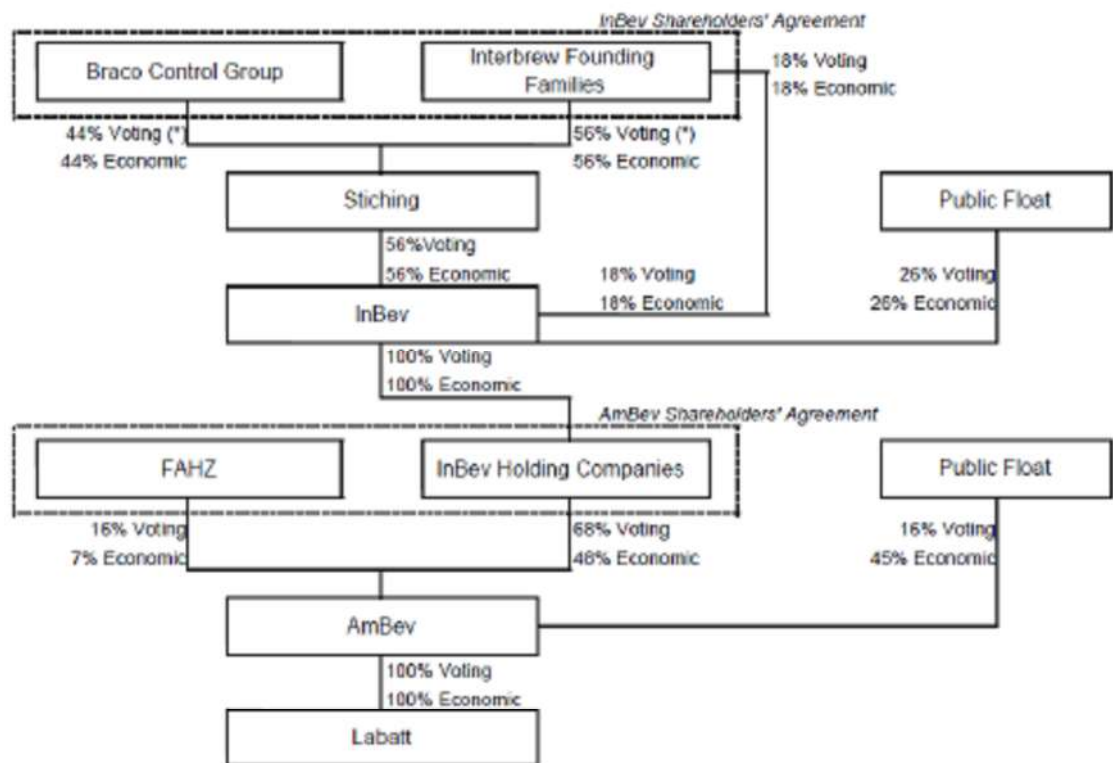
Com a conclusão das operações InBev-AmBev, Interbrew foi renomeada InBev e 56% das ações votantes da InBev passaram a ser controladas pela Stichting, 1% passou ao controle das Fundações InBev, 17% passaram a ser controladas diretamente pelas entidades e pessoas físicas relacionadas à Interbrew Founding Families e os 26% remanescentes constituíram o free float.

O Grupo Braco passou a deter 44% das participações votantes da Stichting, ao passo que os 56% remanescentes passaram ao controle da Interbrew Founding Families. Além disso, o Grupo Braco e as entidades representando as participações da Interbrew Founding Families celebraram um acordo de acionistas (“Acordo de Acionistas da InBev”) que prevê, dentre outras coisas, a influência conjunta e igualitária sobre o exercício dos direitos a voto da Stichting na InBev.

AmBev

Com a conclusão das operações InBev-AmBev, a InBev passou a controlar aproximadamente 68% das ações votantes da AmBev, a FAHZ passou a deter aproximadamente 16% dessas ações e os 15% remanescentes passaram a ser detidas pelo público.

O quadro abaixo ilustra a estrutura da participação acionária da AmBev e da Interbrew posteriormente às operações InBev-AmBev.



(*) De acordo com o Acordo de Acionistas da InBev, o Grupo Braco e a Interbrew Founding Families detêm um controle 50-50 sobre a Stichting.

FIGURA 6

Em decorrência da aquisição de controle da AmBev pelos belgas, a CVM exigiu que a InBev (Bélgica) (que passou a deter cerca de 68% das ações com direito a voto da companhia brasileira) realizasse uma oferta pública obrigatória para a aquisição de todas as ações ordinárias remanescentes em circulação da AmBev (v. 20-F, “Operações InBev-AmBev”, “Oferta Pública Obrigatória”). A oferta pública obrigatória, ainda segundo o 20-F, foi concluída em 29 de março de 2005, resultando na aquisição pela InBev (Bélgica) de um adicional de 2.960.070.177 ações ordinárias da AmBev, aumentando sua participação na AmBev para aproximadamente 81% do capital votante (percentual confirmado pela resposta ao Termo de Intimação n. 2, doc. 68) e uma participação econômica de 56%. A FAHZ não ofertou suas ações da AmBev durante a oferta pública.

A oferta pública foi realizada por conta e ordem da belga InBev SA/NV (conforme informações do edital publicado com as informações sobre a oferta pública – ver Anexo D acostado à resposta ao Termo de Intimação n. 8, doc. 82), que utilizou a InBev Holding Brasil para liquidar financeiramente a operação. Em consequência disso, a holding brasileira registrou contabilmente um ágio, fundamentado em rentabilidade futura da AmBev, de R\$ 1,497 bilhão (pág. 5 da resposta ao Termo de Intimação n. 8).

A InBev Holding Brasil reconheceria ainda um segundo ágio – quando da contribuição no seu capital feita, em 30 de maio de 2005, pela IIBV com ações da AmBev recebidas em troca da Labatt (Figura 5). Segundo o Protocolo e Justificação de incorporação da

InBev Holding Brasil pela AmBev (a incorporação viria a ocorrer cerca de dois meses depois da integralização), a InBev Holding Brasil registrou em sua contabilidade, em virtude dessa contribuição no seu capital com ações da AmBev anteriormente de propriedade da IIBV, um ágio de R\$ 7.159.056.473,94.

Segundo ata da AGE da InBev Holding Brasil realizada em 30 de maio de 2005 (arquivada na Jucesp em 3 de junho de 2005, doc. 92), o aumento de capital, no montante de R\$ 13.585.534.950,82 (capital social saltou de R\$ 2.553.067.891,89 para R\$ 16.138.602.842,71), se deu mediante a emissão de 123.682.310.103 novas ações ordinárias, sem valor nominal, ao preço de emissão de 0,1098 por ação, fixado com base no patrimônio líquido apurado em balanço levantado em 30 de abril de 2005, integralizadas pela IIBV com 9.213.336.5148 ações ordinárias e 11.398.181.319 ações preferenciais de emissão da AmBev. Portanto, a esse conjunto de ações da AmBev, cuja proprietária era a IIBV, atribuiu-se o valor do aumento (R\$ 13.585.534.950,82) de capital da InBev Holding Brasil. Nessa mesma ata, encontra-se listada a totalidade dos acionistas da InBev Holding Brasil e a respectiva participação de cada um no capital votante da sociedade: Ambrew S.A. (55,14%), IIBV (44,86%), além de três pessoas físicas, cada uma com uma ação.

A InBev Holding Brasil foi então incorporada pela AmBev, operação aprovada na AGE da AmBev de 28 de julho de 2005 (doc. 92), pela qual se lê:

5.8. Em decorrência da incorporação ora aprovada, registrar o cancelamento das 25.175.834.643 ações ordinárias e 11.398.181.319 ações preferenciais da classe única da Companhia de propriedade da InBev Brasil e a conseqüente emissão, em mesmo número, de novas ações ordinárias e preferenciais da classe única da Companhia, neste ato subscritas, na forma do disposto no §2º do art. 227 da Lei nº 6.404/76 e nos termos do Boletim de Subscrição que ficará arquivado na sede da Companhia, pelos administradores da InBev Brasil, e integralizadas mediante a versão, à Companhia, do patrimônio líquido da sociedade incorporada;

5.9. Registrar que as ações ora emitidas, subscritas e integralizadas e que participam integralmente dos resultados do exercício social em curso serão entregues aos acionistas da InBev Brasil, na proporção das respectivas participações no capital da InBev Brasil, em substituição às ações da InBev Brasil de sua propriedade extintas também em razão da incorporação;

De acordo com o Protocolo e Justificação de incorporação da InBev Holding Brasil pela AmBev, os 25.175.834.643 de ações ordinárias eram representativos de 72,974% do capital votante da AmBev. Assim, antes de ser incorporada pela sua controlada, a InBev Holding Brasil tinha em seu ativo um ágio total de R\$ 8.510.158.290,84, parte registrada na oferta pública realizada em 29 de março de 2005 (R\$ 1.351.101.816,90), parte da contribuição no seu capital feita por IIBV, realizada em 30 de maio de 2005, com ações da AmBev (R\$ 7.159.056.473,94).

Como sucessora dos ativos líquidos da InBev Holding Brasil, a AmBev incorporou também os ágios antes reconhecidos na sucedida. E, desde 2005, vem amortizando os intangíveis, inclusive tributariamente. Cabe verificar, contudo, se, para fins tributários, a amortização desses ágios é aceitável ou não.

A história dos ágios (OPA e conferência da IIBV no capital da InBev Holding Brasil) estaria incompleta, entretanto, se não se mencionasse um terceiro ágio, decorrente também da negociação entre Interbrew e AmBev, reconhecido antes dos outros dois, em sociedade domiciliada na Dinamarca. A despeito de gerado fora do Brasil, esse ágio externo causou reflexos sobre o reconhecimento do ágio originado da integralização que a IIBV fez na InBev Holding Brasil com as ações da AmBev.

Como ilustrado na Figura 4, a AmBev, por força do Acordo de Incorporação, incorporou a Labatt Holding (Bahamas), que controlava indiretamente a Labatt Canadá. O desenho societário representado pela Figura 4, exigido pelo acordo, mostrava que entre a holding bahamense e a operacional canadense encontrava-se uma sociedade holding holandesa. Essa estrutura, contudo, foi posteriormente modificada, pois a holding holandesa foi substituída por outra de origem dinamarquesa, a Labatt Holding ApS.

A substituição da holding holandesa pela Labatt ApS, na estrutura que viria a ser incorporada pela AmBev, foi formalizada na AGE de 27/08/2004 (resposta ao Termo de Intimação n. 7), cuja aprovação da incorporação constava do item 5.5, como abaixo:

5.5. Aprovar a incorporação da Labatt Holding pela Companhia [AmBev], nos termos e condições estabelecidos no Protocolo e Justificação, e com base no laudo de avaliação ora aprovado, passando a pertencer a esta Companhia todos os bens, direitos e obrigações da Labatt Holding relacionados ou mencionados no referido laudo de avaliação, com a consequente extinção de pleno direito da Labatt Holding, registrando apenas que a sociedade incorporada tem, nesta data, como principal ativo, a totalidade, menos uma, das ações representativas do capital social da Labatt Holding ApS, também sociedade de participações, constituída de acordo com as leis do Reino da Dinamarca, com sede em Holbersgade 14, 2. tv, 1057, Copenhague (a “Labatt Holding Denmark”), e não mais da Labatt Holding B.V., como constou originalmente do Protocolo e Justificação, tendo a Labatt Holding Denmark como principal ativo, a seu turno, de forma idêntica à referida no aludido Protocolo e Justificação, a totalidade das ações representativas do capital social da Labatt Brewing Limited (...)

A Labatt ApS (criada em 1º de janeiro de 2004), conforme resposta ao Termo de Intimação n. 7 (doc. 77), quando da incorporação da Labatt Holding Bahamas pela AmBev, em 27 de agosto de 2004, registrava em seu ativo um ágio de mais de R\$ 16 bilhões, que teria sido contabilizado antes da incorporação, em operação por meio da qual o grupo Interbrew reavaliou a mercado a Labatt Canadá. Segundo a resposta, esse ágio “foi registrado na controlada Labatt ApS (Dinamarca) e não em empresa brasileira”. Ainda pela resposta, “a Labatt Holding ApS (Dinamarca) já tinha reconhecido o investimento na Labatt Brewing Ltd (Canada) pelo valor de mercado, com um ágio de aproximadamente R\$ 16 bilhões, antes da incorporação. Em razão disto a aquisição da participação na Labatt Holding ApS (Dinamarca) em virtude da incorporação da Labatt Brewing Canada Holding (Bahamas) não gerou registro de ágio pela AmBev em suas demonstrações contábeis individuais, relevantes para fins tributários e de distribuição de lucros. Vide ata da Assembléia Geral Extraordinária de 27/08/2004”.

Dessa forma, a Figura 3 deve ser redesenhada, pois, no lugar da Labatt Holding B.V. (que era citada no Protocolo e Justificação), passou a figurar a dinamarquesa Labatt Holding ApS, que registrava em seu ativo um ágio de mais de R\$ 16 bilhões. A Figura 4 agora pode ser reexibida da seguinte forma:

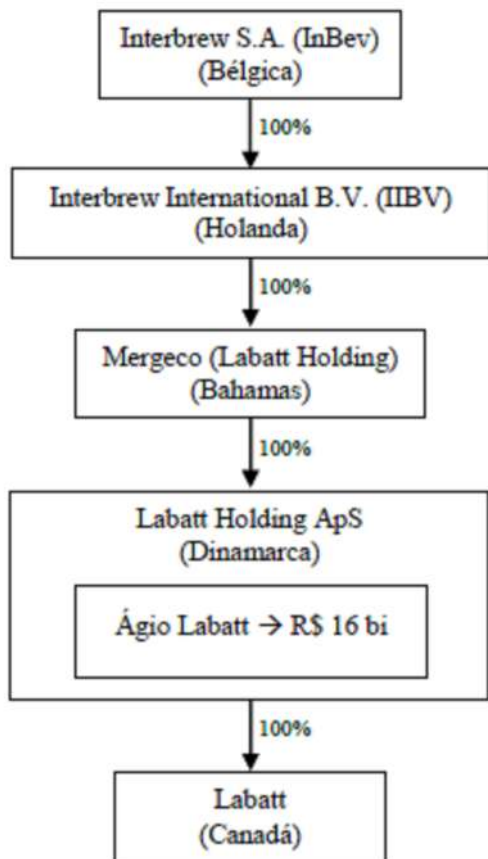


FIGURA 7

Registrado o ágio pela Labatt Holding ApS em virtude de avaliação econômica da Labatt canadense, pode-se redesenhar a Figura 5, agora com a substituição da Labatt Holding B.V. pela Labatt Holding ApS dinamarquesa:

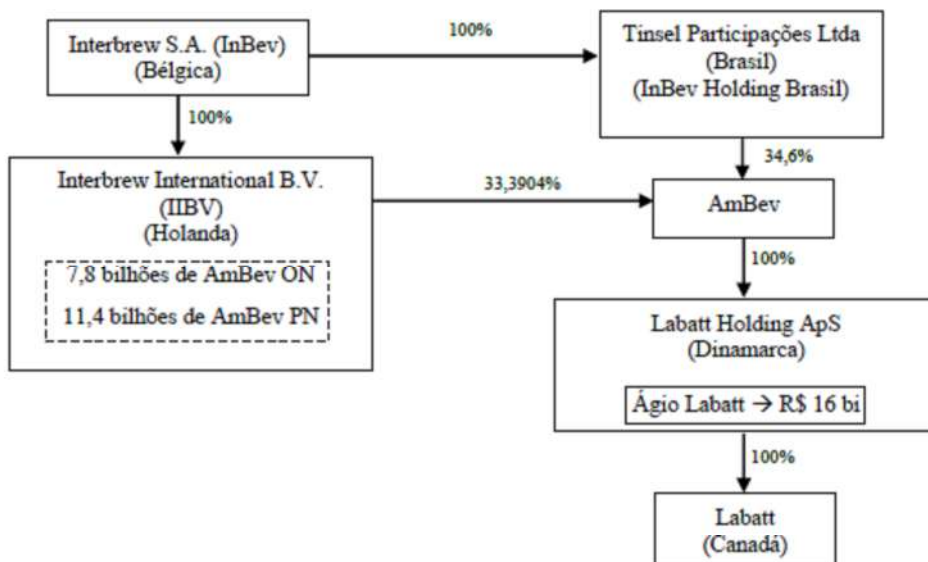


FIGURA 8

A determinação do acervo líquido da Labatt Holding (Bahamas) para fins de incorporação pela AmBev foi feita pela Apsis e consubstanciada no laudo RJ-177/04 (constante da resposta ao Termo de Intimação n. 8, doc. 82). A conclusão do laudo, datado de 12 de julho de 2004, foi de que o PL da Labatt Holding valeria no mínimo R\$ 14,791 bilhões na data-base de 24 de junho de 2004, valor equivalente a CAD\$ 6,4 bilhões.

Ao incorporar a Labatt Holding Bahamas (referida como Mergeco no Acordo de Incorporação), então controladora da Labatt Holding ApS, a AmBev incorporou também, nas suas demonstrações consolidadas, o ágio de mais de R\$ 16 bilhões resultante da avaliação econômica que o grupo Interbrew fez da Labatt canadense, empresa que pertencia ao próprio grupo. Se a operação que gerou o ágio na Labatt Holding ApS ficasse circunscrita ao grupo belga, tratar-se-ia de invento artificial de intangível, por não ser validada por terceiros independentes e externos ao grupo. O ágio, contudo, foi consensualmente estabelecido entre a Interbrew e a AmBev, como se pode verificar pela informação extraída das notas explicativas às demonstrações financeiras da Labatt Brewing Canada Holding Ltd. (Bahamas) relativas ao período de 23 de junho de 2004 a 24 de julho de 2004, entregues em atendimento ao Termo de Intimação n. 8 (doc. 82), conforme abaixo:

A Labatt concluiu uma série de transações em maio de 2004, relativas à Transação de Incorporação. Em decorrência dessas transações, as operações da Labatt consistem basicamente, na data do balanço, na produção de cervejas no mercado canadense ("Labatt Canada"). Em 24 de junho de 2004, a Interbrew International B.V. ("IIBV"), uma subsidiária integral da Interbrew, transferiu sua participação acionária de 100% da Labatt Holding ApS ("LHA") à Companhia em pagamento das 1.000.000.000 de ações ordinárias da Companhia. O valor atribuído ao investimento da Companhia na LHA e às ações ordinárias emitidas como pagamento é de R\$14.791.040 (Cdn. \$6,4 bilhões) representando o valor justo da participação acionária de 100% da LHA, conforme negociado entre a Interbrew e a AmBev. O excedente do pagamento da compra em relação ao valor contábil dos ativos líquidos da Labatt de R\$2.081.082 (Cdn. \$900,5 milhões) foi contabilizado como ágio no montante de R\$16.872.122. Em 24 de junho de 2004, a alocação deste ágio apurado entre o excedente do valor justo do imobilizado e o ágio atribuível à futura rentabilidade esperada não foi concluída. Essa alocação será concluída pela AmBev após a conclusão da Transação de associação.

Com efeito, o ágio contabilizado pela Labatt Holding ApS não foi diretamente reconhecido nas demonstrações individuais da AmBev, como comprova a nota explicativa 11.01 (b) das demonstrações financeiras relativas à data-base de 31/12/2006, arquivadas na CVM (Anexo B da resposta ao Termo de Intimação n. 7, doc. 78). Informação semelhante foi prestada na resposta ao Termo de Intimação n. 8 (doc. 82): "Como não houve diferença entre o valor de aquisição e valor do patrimônio líquido de Labatt ApS (Dinamarca), conforme explicações em 2.1 acima, não houve ágio contabilizado nas demonstrações financeiras individuais da Ambev, relevantes para fins fiscais e de distribuição de dividendos".

O item 2.1 mencionado na resposta parcialmente reproduzida no parágrafo anterior continha o seguinte trecho: “*Como decorrência da operação [incorporação da Labatt Holding Bahamas pela AmBev] a AmBev emitiu 19.264.363.201 ações à IIBV, correspondente ao valor contribuído por IIBV, equivalente ao valor contábil e de mercado [da] Labatt Aps (CAD 6,400 milhões ou R\$ 14.441 milhões), tendo sido celebradas operações simbólicas de câmbio neste valor por exigência do Banco Central e emitido registro declaratório eletrônico junto a este órgão refletindo a contribuição de IIBV para a obtenção de participação societária na Ambev*”.

A incorporação da Labatt Holding Bahamas (Mergeco), portanto, resultou, conforme o boletim de subscrição particular (datado de 27 de agosto de 2004) anexado à resposta ao Termo de Intimação n. 7 (doc. 78), na contabilização, pela AmBev, de um aumento de capital de R\$ 1.600.747.987,09 (R\$ 83,09374 por lote de 1.000 ações x 19.264.363,20 ações), além de R\$ 12.840.276.012,91 (R\$ 666,53000044372 por lote de 1.000 ações x 19.264.363,20 ações) destinados à reserva de capital, integralmente subscritas por IIBV. O valor total contabilizado pela AmBev (R\$ 14.441.024.000,00) nas duas contas do PL (capital social e reserva de capital) equivale, em reais, ao PL da sociedade incorporada, avaliado por 6,4 bilhões de dólares canadenses. Depreende-se, pois, que o custo de aquisição das novas ações emitidas pela AmBev, detidas por IIBV, era de R\$ 14.441.024.000,00 (CAD\$ 6,4 bilhões) em 27 de agosto de 2004. E justamente essas novas ações da AmBev foram posteriormente (30 de maio de 2005) integralizadas por IIBV no capital da InBev Holding Brasil (por cerca de R\$ 13,585 bilhões, como se verá abaixo).

Questionada se esse ágio reconhecido pela Labatt Holding ApS era o mesmo que o ágio reconhecido pela InBev Holding Brasil quando da integralização feita pela IIBV com ações da AmBev, a fiscalizada foi peremptória: “*Trata-se de ágios distintos*” (resposta ao item 4.4 do Termo de Intimação n. 7, doc. 78). Na resposta ao Termo de Intimação n. 8 (doc. 82), a AmBev afirma que a contribuição feita pela IIBV no capital da InBev Holding Brasil, realizada em 30 de maio de 2005, “*foi efetuada pelo valor atualizado em moeda nacional do respectivo custo de aquisição das ações da AmBev pela IIBV, este referenciado em transações com partes não relacionadas (transação Interbrew AmBev e Oferta Pública de Ações), no montante de R\$ 13.585 milhões*”.

Ainda com relação à resposta ao Termo de Intimação n. 8 (doc. 82), a AmBev informa que “*tal valor [R\$ 13.585 milhões], comparado ao valor patrimonial da AmBev em 31 de março de 2005, correspondente às ações contribuídas, na data de aquisição (R\$ 6.424 milhões), ocasionou o registro de ágio por InBev Brasil de R\$ 7.159 milhões, amparado em expectativa de rentabilidade futura da AmBev conforme laudo de avaliação emitido pela empresa Ernst & Young Consultores Associados Ltda. e disponibilizado em resposta ao Termo de Intimação no 02*”.

As sociedades e as datas em que os dois ágios foram reconhecidos, com efeito, são distintas. O primeiro ágio foi reconhecido pela Labatt Holding ApS em operação pela qual a participação na Labatt Canadá foi reavaliada economicamente, em transação de 24 de junho de 2004, de acordo com as notas explicativas que acompanhavam as demonstrações contábeis da Labatt Brewing Canada Holding Ltd. (É digna de nota a informação de que as demonstrações contábeis da Labatt Canadá, auditadas pela KPMG LLP, divulgam que os PLs da cervejaria canadense estavam negativos, nos períodos auditados de 31 de maio de 2004 e 31 de dezembro de 2003, em CAD\$ 900,5 milhões e CAD\$ 686,272 milhões, respectivamente.) O segundo ágio foi reconhecido em 31 de março de 2005 como resultado da contribuição que a IIBV fez para o capital da InBev Holding Brasil.

É evidente, contudo, que o custo de aquisição das ações da AmBev recebidas pela IIBV em troca da Labatt embutia o reflexo do ágio reconhecido na Labatt Holding ApS, como atrás menciona o excerto das notas explicativas às demonstrações financeiras da Labatt Brewing Canada Holding Ltd. (parágrafo 53). O custo de aquisição da IIBV, de R\$ 14.441.024.000,00 (CAD\$ 6,4 bilhões), decorreu do pagamento, feito com ações da Labatt Holding (Bahamas), que foram precificadas em função de a Labatt Holding ApS conter em seu ativo um ágio de mais de R\$ 16 bilhões. Ou seja, o custo de aquisição registrado pela IIBV estava, como não poderia deixar de ser, intimamente ligado ao ágio reconhecido pela Labatt Holding ApS (basta lembrar que, pelo mecanismo contábil da equivalência patrimonial, o PL da Labatt ApS necessariamente estaria refletido na sua controladora IIBV). Essa afirmação pode ser confirmada no parágrafo 53, onde as notas da Labatt Brewing Holding Ltd. informam que *“Em 24 de junho de 2004, a IIBV, uma subsidiária integral da Interbrew, transferiu sua participação acionária de 100% da Labatt Holding ApS (“LHA”) à Companhia em pagamento das 1.000.000.000 de ações ordinárias da Companhia. O valor atribuído ao investimento da Companhia na LHA e às ações ordinárias emitidas como pagamento é de R\$14.791.040 (Cdn. \$6,4 bilhões) representando o valor justo da participação acionária de 100% da LHA, conforme negociado entre a Interbrew e a AmBev. O excedente do pagamento da compra em relação ao valor contábil dos ativos líquidos da Labatt de R\$2.081.082 (Cdn. \$900,5 milhões) foi contabilizado como ágio no montante de R\$16.872.122”*.

Em essência, o que ocorreu foi que a IIBV, ao integralizar o capital da InBev Holding Brasil com as ações que detinha na AmBev, transferiu para uma sociedade domiciliada no Brasil o ágio gerado fora do território nacional. Afinal, o ágio de R\$ 16 bilhões registrado na Labatt ApS majorava, via equivalência patrimonial, o custo de aquisição do investimento que a IIBV detinha na Labatt Holding Bahamas (que controlava a Labatt ApS). Assim, o custo de aquisição das ações da AmBev recebidas pela IIBV era composto pelo reflexo (equivalência patrimonial) daquele ágio, uma vez que os ativos cedidos (CAD\$ 6,4 bilhões) pela IIBV tinham valor equivalente às ações recebidas (CAD\$ 6,4 bilhões) da AmBev.

Já se mencionou que, no contexto da incorporação da Labatt Holding (Bahamas) pela AmBev, os ex-controladores (IIBV) da Labatt receberam ações da AmBev em troca da cessão da Labatt canadense (Figura 7). Dessa forma, a IIBV cedeu à AmBev ativos (Labatt Holding ApS, que controlava a Labatt canadense) avaliados economicamente (portanto, com o ágio refletido), enquanto a AmBev cedeu novas ações suas à IIBV. Segundo a resposta ao Termo de Intimação n. 8 (doc. 82), parcialmente reproduzida nos parágrafos 54 e 58, a IIBV trocou um ativo que lhe “custara” R\$ 13,585 bilhões por outro cujo o valor contábil era de R\$ 6,424 bilhões. O parágrafo 42 contém a mesma informação: a InBev Holding Brasil teve o seu capital social aumentado em R\$ 13.585.534.950,82 mediante integralização, pela IIBV, de 9.213.336.514 ações ordinárias (ver nota de rodapé 8) e 11.398.181.319 ações preferenciais de emissão da AmBev (AGE da InBev Holding Brasil realizada em 30 de maio de 2005).

Realizada a integralização de capital da InBev Holding Brasil pela IIBV (30 de maio de 2005) – quando foi registrado o ágio de mais de 7 bilhões de reais –, a InBev Holding Brasil é, ato contínuo, incorporada (AGE de 28 de julho de 2005) pela AmBev, operação que ocasionou o cancelamento das ações da AmBev detidas pela InBev Holding Brasil, bem como a emissão, em igual número, de novas ações ordinárias e preferenciais da AmBev, subscritas pelos administradores da InBev Holding Brasil e integralizadas mediante versão à AmBev do PL da sociedade incorporada.

Com o objetivo de constatar o valor contábil da InBev Holding Brasil para fins de sua incorporação pela AmBev, a Apsis elaborou, a pedido da AmBev, o laudo RJ-144/05 (doc. 70), datado de 8 de julho de 2005. A conclusão desse laudo foi de que a InBev Holding Brasil valeria “*pelo menos R\$ 18.052.539.969,80 em 31 de maio de 2005*”. Convém destacar que, a corroborar a conclusão de que a conferência de capital feita pela IIBV no capital da InBev Holding Brasil foi, em essência, uma forma de internalizar o ágio originado pela incorporação da Labatt pela AmBev, o referido laudo RJ-144/05 fundamentou-se no balanço extraído da contabilidade da própria InBev Holding Brasil, no qual está discriminado, na conta 13030025, o “*Ágio AmBev – Incorporação Internacional*”, no valor de R\$ 7.159.056.473,94.

Por seu turno, a InBev Holding Brasil solicitou à Ernst&Young que avaliasse a AmBev, incluídas as suas participações na Labatt Brewing Company Ltd. (Canadá) e na Quilmes Industrial S.A. (Argentina), para fins de contribuição da IIBV no capital da InBev Holding Brasil com ações da AmBev. A data-base do relatório produzido pela Ernst&Young foi 31 de março de 2005, tendo os consultores chegado à conclusão de que os 20.611.517.833 de ações da AmBev (ver parágrafo 94) contribuídas por IIBV deveriam possuir um valor que variaria entre R\$ 16.919.035 mil (equivalentes a US\$ 6.336.717 mil) e R\$ 23.428.966 mil (equivalentes a US\$ 8.774.894 mil).

Por fim, a InBev Holding Brasil é incorporada pela AmBev. O boletim de subscrição particular (doc. 70), de 28 de julho de 2005 (data da incorporação), comprova que foram emitidas, em favor de IIBV, 25.175.834.643 ações ordinárias e 11.398.181.319 ações preferenciais de emissão da AmBev, mediante versão do patrimônio da InBev Brasil ao capital da AmBev, no valor de R\$ 18.052.539.969,80. Como mencionado no parágrafo 43, em decorrência da incorporação, a emissão das novas ações da AmBev foi antecedida pelo cancelamento das ações que a InBev Holding Brasil possuía da companhia. A emissão das novas ações ordinárias e preferenciais foi em número idêntico ao número das ações ordinárias e preferenciais canceladas.

Indedutibilidade da amortização do ágio reconhecido em virtude da oferta pública obrigatória

A mudança de controle da AmBev deflagrou a obrigatoriedade de realização de uma oferta pública (OPA) pelos novos controladores. Como já relatado, a OPA foi realizada em 29 de março de 2005 e teve como ofertante a InBev SA/NV, sociedade domiciliada na Bélgica (conforme edital apresentado em resposta ao Termo de Intimação n. 8, doc. 82).

Formalmente, a despeito de a ofertante ter sido a sociedade belga, a liquidação financeira foi feita pela InBev Holding Brasil, como demonstram o edital que deu publicidade à OPA e o boleto de corretagem que identifica a InBev Holding Brasil como a responsável pelo pagamento pela aquisição das ações (resposta ao Termo de Intimação n. 7, doc. 78).

A opção adotada pelo grupo belga foi, portanto, transferir os recursos externos para uma sociedade brasileira por meio da qual seriam repassados aos acionistas minoritários que vendessem suas ações na OPA. Como mencionado no parágrafo 40, em virtude desse repasse feito aos minoritários, a InBev Holding Brasil registrou contabilmente um ágio de R\$ 1,497 bilhão, resultante da diferença entre o valor pago pelas ações na OPA e o PL (proporcionalmente ao percentual de ações adquiridas, cerca de 2,96%) da AmBev.

Segundo resposta ao Termo de Intimação n. 8 (doc. 82), foi concedido aos minoritários o direito de optar entre: (i) alienar suas ações em dinheiro à InBev Holding Brasil ou (ii) receber ações da belga InBev SA (nova denominação da Interbrew S.A.) em troca de suas ações AmBev. O resultado da OPA foi o seguinte:

(a) 1.347.154.632 ações ordinárias de emissão da AmBev foram trocadas por ações da InBev S.A., que emitiu ações no valor de EUR 502.938 para os acionistas da AmBev que fizeram essa opção;

(b) A InBev Holding Brasil pagou R\$ 1.975.932.226,20 (de acordo com resumo financeiro da nota de corretagem constante da resposta ao Termo de Intimação n. 7, doc. 78) pela aquisição de 1.612.915.545 ações ordinárias da AmBev de acionistas que optaram em receber em dinheiro pelas suas ações.

As transações referentes à OPA foram contabilizadas no Livro Diário da InBev Holding Brasil (doc. 100) como se segue:

Entrada dos recursos da InBev SA (Bélgica) – 05.04.2005

Débito: Bancos R\$ 1.975.900.189,20
Crédito: Capital R\$ 1.975.900.189,20

Aquisição ações AmBev – 05.04.2005

Débito: AmBev-Equivalência R\$ 1.975.932.226,20
Débito: Corretagem/Emolumentos R\$ 609.150,76
Crédito: Bancos R\$ 1.976.541.376,96

Ágio (conta 13030022) – 30.04.2005

Débito: Ágio AmBev R\$ **1.475.220.420,11**
Crédito: AmBev-Equivalência R\$ 1.475.220.420,11
Débito: Ágio AmBev R\$ **21.960.447,05** (ajuste OPA)
Crédito: AmBev-Equivalência R\$ 21.960.447,05

Assim, o ágio contabilizado pela InBev Holding Brasil foi de R\$ 1.497.180.867,16, resultante da diferença entre o pagamento (R\$ 1.975.932.226,20) pela aquisição de 1.612.915.545 ON ações ON da AmBev e o valor patrimonial que elas representavam (2,96% do PL). A contabilização do pagamento pelas ações adquiridas na OPA corrobora o que já fora dito em vários documentos – a InBev Holding Brasil foi uma mera repassadora dos recursos internalizados (via capitalização dos recursos na holding brasileira) pela belga InBev SA/NV para aquisição de ações da AmBev na oferta pública obrigatória.

Em resumo, o dinheiro proveniente da sociedade belga entrou e saiu da InBev Holding Brasil no dia 5 de abril de 2005 para aquisição de ações ON da AmBev, deixando como “herança” na holding brasileira um ágio de quase R\$ 1,5 bilhão. Ato contínuo, a holding recém-integralizada é incorporada pela investida, que passa a se beneficiar tributariamente do ágio (conforme art. 386 do RIR).

Essa sequência de atos levanta questionamentos que precisam ser esclarecidos: seria mesmo necessária essa “escala” instantânea do dinheiro? Haveria outra forma de efetuar o pagamento aos minoritários da OPA sem que esse ágio significativo fosse contabilizado no Brasil? Por que o pagamento das ações não foi feito diretamente pela belga?

Havia alguma vedação para tanto? Uma capitalização, especialmente no montante em que foi, não deveria sinalizar que a intenção do subscritor era fazer um investimento de longo prazo?

No Termo de Intimação n. 17 (doc. 101), formulamos algumas dessas perguntas. A resposta (doc. 105) da fiscalizada foi que o Acordo de Contribuição e Subscrição, no seu item 10.04, 'd', já previa que o pagamento das ações da AmBev adquiridas na OPA deveria ser feito por sociedade controlada pela belga e domiciliada no Brasil, "*que serviria à consolidação das posições acionárias do grupo na Fiscalizada*". Complementou a sua resposta afirmando que essa exigência está consignada no edital da OPA (anexado à resposta ao Termo de Intimação n. 8, doc. 82), cujo item 1.4.2, 'ii', determina que a aquisição fosse feita pela InBev Holding Brasil.

A resposta da fiscalizada deixou bem claro que havia, desde 3 de março de 2004 (data de formalização do Acordo de Contribuição e Subscrição), a intenção de que a OPA fosse liquidada financeiramente, por meio de sociedade brasileira, com recursos provenientes da InBev SA/NV. Deixou claro também (porque nada citou acerca de qualquer lei ou normativo que assim determinasse) que não havia vedação de ordem legal ou regulatória para que o pagamento pela aquisição das ações fosse feito diretamente pela ofertante belga. A disposição contratual amparada no acordo privado e no edital da OPA pode muito bem servir às partes, mas não pode ser oposta à Fazenda Pública no caso de planejamento cuja motivação principal é obter economia tributária.

"*A consolidação das posições acionárias do grupo*" (resposta ao Termo de Intimação n. 17, doc. 105), alegada para justificar o uso da InBev Holding Brasil como intermediária entre os recursos originados do exterior e os acionistas que venderam suas ações, não faz sentido. Se as ações adquiridas na OPA deveriam passar às mãos dos belgas (como previsto e realizado) e se não havia impedimento legal ou regulatório para que o pagamento fosse realizado diretamente do exterior, por que se adotou uma alternativa pela qual os recursos estrangeiros fizeram uma "escala" na holding brasileira? Por que concentrar ações em sociedade intermediária se elas poderiam, já na data da OPA, ser diretamente entregues ao real proprietário?

A transferência dos recursos externos para os minoritários e a entrega das ações adquiridas na OPA para a belga, se feitas diretamente entre as partes, gerariam exatamente os mesmos efeitos que a operação com a "parada estratégica" dos recursos, exceto pelo ágio de cerca de R\$ 1,5 bilhão, reconhecido em decorrência da alternativa implementada com a intermediação. A justificativa de concentração acionária das ações da AmBev na InBev Holding Brasil, no caso da OPA, é enfraquecida pelo fato de essa mesma holding ter sido incorporada (28 de julho de 2005) apenas 114 dias depois da sua capitalização (5 de abril de 2005) com os recursos que serviram ao pagamento das ações da companhia que viria a incorporá-la.

E, por ter sido incorporada (InBev Holding Brasil) pela sua controlada (AmBev), o conjunto de ações da AmBev pago (em dinheiro) com ágio com recursos externos foi cancelado (pela AmBev) e emitido novo conjunto de ações (pela AmBev), em igual número e valor, para o sócio belga. Assim, se a InBev SA/NV pagou R\$ 1.975.900.189,20 por 1.612.915.545 de ações da AmBev na OPA, tornando-se a proprietária delas (a despeito de a InBev Holding Brasil possuí-las em nome da belga), nada se modificou – em relação àquele conjunto de ações – após a incorporação da holding brasileira. Com efeito, a belga passou a registrar em seu ativo, menos de 4 meses depois, o mesmo conjunto que detinha (por meio da

InBev Holding Brasil) antes da incorporação da holding brasileira. A única diferença entre o antes e o depois foi o ágio de mais de 1,4 bilhão de reais (além de uma bonificação de 20% que os ordinaristas receberam da AmBev (v. parágrafo 103), que por óbvio seria concedida independentemente do país de domicílio do acionista).

É evidente que o pagamento de quase 2 bilhões de reais feito pela sociedade domiciliada no exterior, se realizado diretamente aos detentores das ações (e na suposição de que fosse reconhecido um ágio na contabilidade da belga), não traria nenhuma economia tributária para a fiscalizada. Numa hipótese mais provável, no caso de um ágio fundamentado em rentabilidade futura ser registrado na Bélgica, seu montante seria provavelmente bem inferior ao ágio registrado pela InBev Holding Brasil (em decorrência de uma mera “escala” das ações e do dinheiro utilizado para pagá-las). Afinal, a legislação contábil internacional (notadamente a europeia e a norte-americana), mesmo em 2005 (ano da OPA), já tinha consolidado o conceito de que um ágio baseado em rentabilidade futura (*goodwill*) só poderia ser registrado se um preço superior ao valor de mercado do patrimônio líquido da investida fosse pago. O ágio registrado na holding brasileira foi obtido pela diferença entre o pagamento e o PL contábil da AmBev, sem que os valores da investida fossem avaliados a mercado.

Assim, a um só tempo, o grupo belga não apenas internalizou um *goodwill* que deveria ter permanecido fora do Brasil (se é que ele existiu e, se existiu, não sabemos qual foi o seu montante) mas também aproveitou para deixá-lo em condições (artificiais) de reduzir as bases de cálculo do imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro da fiscalizada. Os recursos utilizados para o pagamento dos minoritários que venderam suas ações ao grupo belga poderiam perfeitamente ser transferidos da InBev SA/NV para eles. A “escala” do dinheiro e das ações resultou numa contabilização, na InBev Holding Brasil, de uma participação (que desapareceria poucos dias depois em virtude da incorporação da investidora pela investida) e um ágio cujos efeitos tributários (amortização) perduram até hoje.

A decisão de assim proceder teve conotação exclusivamente tributária. Fazer uma capitalização de quase 2 bilhões de reais numa empresa que, sabidamente, desapareceria pouco tempo depois é um ato que, no caso, jamais poderá ser visto como parte da atividade empresarial da InBev Holding Brasil. Em especial porque a vultosa integralização foi decidida pelo mesmo bloco de controle que deliberou pela incorporação.

Não pretendemos afirmar que não fosse possível que, em situações outras, uma integralização de grande monta fosse feita em empreendimento que chegasse a termo em curto lapso de tempo. No entanto, se o papel da holding brasileira era concentrar as ações da AmBev que deveriam ser repassadas aos belgas, em cumprimento ao disposto nos acordos firmados entre os dois grupos, a integralização em dinheiro feita pela InBev SA/NV na brasileira para adquirir ações que poderiam ter sido diretamente repassadas a ela, por um lado, seguida da incorporação da recém-integralizada, por outro, torna evidente que o intuito não era o de capitalizar a holding, mas o de tão somente gerar um ágio que seria aproveitado tributariamente pela Ambev.

A falta de justificativa (que não apenas a tributária) e de lógica para a “escala” fica ainda mais evidente quando se observa que a estruturação do pagamento em dinheiro feito ao grupo de minoritários que optaram por receber em espécie (“grupo 1”) foi diferente da forma como se estruturou o pagamento em ações aos minoritários que decidiram trocar suas ações da AmBev por ações da InBev SA (“grupo 2”). O tratamento dispensado ao pagamento em dinheiro ao grupo 1 fez a “escala”, assim como o fizeram também as suas ações

(1.612.915.545 ON) da AmBev antes de parar nas mãos da InBev SA. Já as ações da AmBev cedidas (1.347.154.632 ON) pelo grupo 2 em troca das ações da InBev SA foram diretamente para os belgas, sem qualquer parada em virtude da alegada concentração. Esquemáticamente:

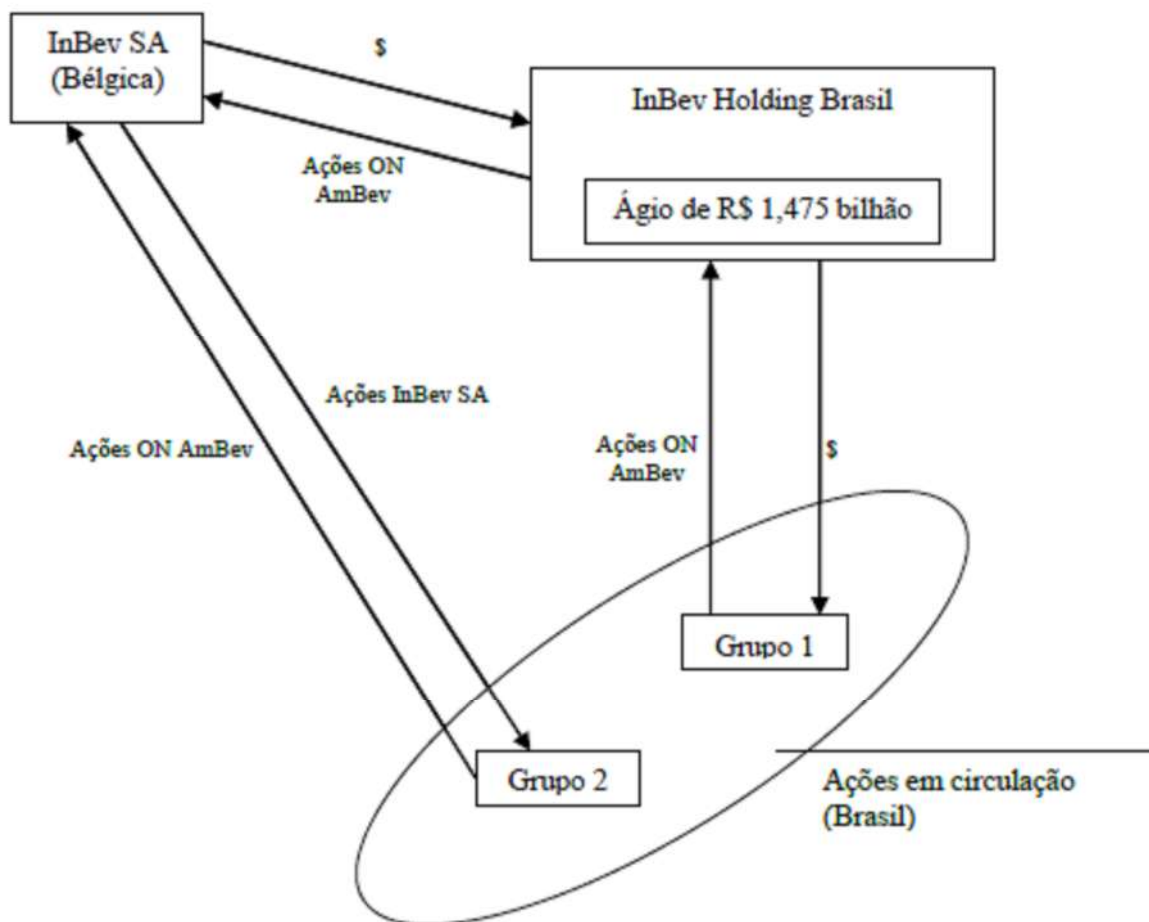


FIGURA 9

Note-se que o fluxo de recursos/ações estabelecido entre a belga e os grupos 1 e 2 diferiu em função do meio empregado para pagar pelas ações ON que cada grupo detinha na AmBev. O grupo 1 recebeu em dinheiro; o grupo 2, em ações da InBev SA. Apesar de a contrapartida recebida pela InBev SA ter sido a mesma (ações ordinárias da AmBev, idênticas entre si, de cada grupo de minoritários), os caminhos trilhados pelos recursos e pelas ações adquiridas foram diversos.

As ações da AmBev pagas com ações da sociedade belga passaram diretamente às mãos da InBev SA, enquanto as pagas em dinheiro fizeram uma parada estratégica na InBev Holding Brasil antes de chegar à domiciliada na Bélgica. Igualmente incoerente foi o caminho seguido pelos recursos provenientes da Bélgica: as ações da InBev SA passaram diretamente aos minoritários que preferiram trocá-las por suas ações da AmBev; já o dinheiro empregado para pagar as ações da AmBev vendidas pelo outro grupo de minoritários fez a parada na InBev Holding Brasil, não obstante o dinheiro externo ter a mesma origem do que as ações da InBev SA dadas em pagamento. Utilizando o termo empregado pela fiscalizada, parte (a paga com dinheiro) das ações da AmBev adquiridas pelos belgas foi “concentrada” na holding brasileira; parte (a paga com ações da InBev SA) não foi “concentrada” na InBev Holding Brasil, passando diretamente às mãos da companhia belga.

Por que as ações da AmBev pagas em dinheiro foram “concentradas” na InBev Holding Brasil, mas o mesmo não aconteceu com as ações da AmBev trocadas por ações da InBev SA? Por que o dinheiro fez uma “escala” na InBev Holding Brasil, mas as ações da InBev SA não fizeram qualquer parada? Por que as ações da AmBev vendidas pelo grupo 1, antes de passarem às mãos da InBev SA, pararam na InBev Holding Brasil, mas o mesmo não aconteceu com as ações da AmBev (idênticas às do grupo 1) trocadas pelo grupo 2 por ações da sociedade belga? A resposta é uma e apenas uma: ao pagar em dinheiro pelas ações da AmBev adquiridas na OPA, fez-se um tipo de operação abusivamente concebida para se reconhecer, em uma sociedade domiciliada no Brasil, um ágio de cerca de R\$ 1,475 bilhão cuja despesa de amortização reduziu indevidamente as bases de cálculo do imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro, o que não se pode admitir tributariamente.

Em vista do exposto, as despesas de amortização do ágio oriundo da OPA, aproveitadas tributariamente pela fiscalizada (e, portanto, agora pela Ambev S.A) desde 2005 (os anos-calendário de 2005 a 2010 já foram objeto de autuação, como explicado no primeiro parágrafo), devem agora ser glosadas também para os anos de 2011 a 2013, sob o argumento de que são desprovidas da necessidade requerida para admiti-las como dedutíveis no cômputo da base de cálculo do imposto de renda, conforme disposto no art. 299 (cuja base legal é o art. 47 da Lei n. 4.506, de 1964) do Regulamento do Imposto de Renda. Vale destacar que a despesa de amortização de ágio também deve ser glosada na apuração da CSLL, como dispõe o art. 13, inciso III, da Lei n. 9.249/95:

Art. 13. Para efeito de apuração do lucro real e da base de cálculo da contribuição social sobre o lucro líquido, são vedadas as seguintes deduções, independentemente do disposto no art. 47 da Lei n.º 4.506, de 30 de novembro de 1964:

(...)

III - de despesas de depreciação, amortização, manutenção, reparo, conservação, impostos, taxas, seguros e quaisquer outros gastos com bens móveis ou imóveis, exceto se intrinsecamente relacionados com a produção ou comercialização dos bens e serviços;

Indedutibilidade da amortização do ágio reconhecido em virtude da conferência das ações da AmBev no capital da InBev Holding Brasil

O art. 386 do Regulamento de Imposto de Renda (RIR) dispõe, entre outras hipóteses, que a pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio fundamentado em rentabilidade futura, poderá amortizá-lo à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração.

Uma vez que a InBev Holding Brasil detinha participação na AmBev com ágio fundamentado em rentabilidade futura, a AmBev, ao incorporá-la em 28 de julho de 2005, se enquadraria, em tese, no comando do art. 386 do RIR. Pelo menos assim interpretou a AmBev, que desde julho de 2005 vem amortizando tributariamente os ágios registrados na InBev Holding Brasil em decorrência da oferta pública de ações da AmBev e da conferência em seu capital feita pela IIBV também com ações da AmBev.

No entanto, a perfeita formalização de atos não é, por si só, suficiente para garantir que os efeitos tributários dela decorrentes sejam aceitos pelo fisco. Operações que são formalizadas com o intuito de economizar tributos, sem que se vislumbre outro propósito (ou que a finalidade tributária seja flagrantemente mais evidente em relação às outras), devem ter os seus efeitos tributários revertidos. Contrariamente à economia de outros custos, que aprimora e estimula a competição e o aumento de produtividade dos agentes econômicos, a economia obtida por planejamentos tributários (na maioria das vezes caros e de grande complexidade) que visam precipuamente à redução do pagamento tributário é suportada por toda a sociedade em detrimento dos (pouquíssimos) beneficiários que têm condições de empreendê-los.

Os efeitos tributários do reconhecimento do ágio (amortização) originado da operação pela qual a IIBV contribuiu para o capital da InBev Holding Brasil devem ser combatidos, em razão de ter sido uma operação que visou principal ou unicamente à redução do pagamento do imposto de renda da pessoa jurídica (IRPJ) e da contribuição social sobre o lucro líquido (CSLL).

A integralização do capital da InBev Holding Brasil foi efetivada mediante a entrega das ações da AmBev recebidas pela IIBV em troca das ações da Labatt Holding Bahamas (Figura 7). Na data da integralização (30 de maio de 2005), a InBev belga controlava cerca de 81% do capital votante da AmBev (parágrafo 39), assim como controlava também, como informado no formulário 13-D arquivado pela AmBev na SEC em 28 de fevereiro de 2005¹⁰, por meio das suas subsidiárias integrais IIBV e Ambrew, a InBev Holding Brasil. Assim, a InBev (Bélgica) controlava direta ou indiretamente, em 30 de maio de 2005, a IIBV (Holanda), a InBev Holding Brasil e a AmBev.

Antes da integralização, como já exposto, a IIBV já detinha um conjunto de ações ordinárias e preferenciais da AmBev (7,8 bilhões de ON e 11,4 bilhões de PN), recebidas em troca da Labatt, bem como 1.347.154.632 ações ordinárias recebidas de InBev SA, que as havia adquirido na OPA (parágrafo 70). Ao integralizá-las (total de 20.611.517.833 ações) no capital da InBev Holding Brasil (30 de maio de 2005), esse conjunto de ações antes detido pela IIBV continuou sob controle do grupo belga (que também controlava IIBV, InBev Holding Brasil e AmBev). Transcorridos apenas 59 dias, a InBev Holding Brasil é incorporada pela AmBev, daí decorrendo que a vinculação entre aquele conjunto de ações da AmBev voltou a ser exercida diretamente pela IIBV.

Cumpre lembrar que as ações da AmBev integralizadas por IIBV no capital da InBev Holding Brasil (30 de maio de 2005) foram canceladas em virtude da incorporação (28 de julho de 2005) da controladora (InBev Holding Brasil) pela sua controlada (AmBev), conforme trecho da ata da AmBev reproduzido no parágrafo 43. Naquela ata, registra-se que o conjunto de ações AmBev detido por IIBV é cancelado (juntamente com o restante das ações AmBev detidas pela InBev Holding Brasil), ao mesmo tempo em que são reemitidas novas ações pela AmBev, em número idêntico à quantidade de ações canceladas, subscritas e integralizadas por IIBV.

A integralização na InBev Holding Brasil feita por IIBV em 30 de maio – a partir da qual o controle da AmBev passou a ser exercido indiretamente pela IIBV – e a seguida incorporação (28 de julho) da sociedade recém-integralizada significaram, em essência, que, no conjunto de ações da AmBev recebidas por IIBV após a incorporação da

InBev Holding Brasil, incluía-se aquele primeiro conjunto utilizado para integralizar o capital dessa holding. A IIBV detinha 7,8 bilhões de ações ON e 11,4 bilhões de ações PN da AmBev antes da integralização (Figura 7). Após a incorporação da InBev Holding Brasil, esse mesmo conjunto retornou, em curtíssimo tempo, à IIBV. Se focarmos exclusivamente nesse primeiro conjunto de ações detido pela IIBV, houve apenas um “passeio circular”, ou seja, elas saíram e voltaram à sua origem, acompanhadas de outras ações da AmBev detidas anteriormente pelo grupo SB (Telles, Lemann e Sicupira), conforme mostrado na Figura 1.

Mas por que, afinal, utilizou-se a InBev Holding Brasil em uma operação engendrada entre empresas sob controle comum e por meio da qual um conjunto de ações da AmBev já antes pertencente à IIBV a esta mesma retornaria em um curto intervalo de tempo, acompanhado de outras ações antes pertencentes à InBev Holding Brasil? Se a InBev Holding Brasil foi a sociedade escolhida para concentrar as ações da AmBev e que viriam a ser detidas pelo grupo belga, que sentido há em transferir (30 de maio de 2005) ações já detidas (desde 27 de agosto de 2004) pela IIBV para uma sociedade que viria a ser incorporada (28 de julho de 2005) – portanto apenas 59 dias depois da integralização –, para então, no mesmo instante em que são canceladas, recebê-las de novo em número idêntico? Por que a InBev Holding Brasil não foi utilizada para concentrar apenas as ações da AmBev que deveriam passar para as mãos da IIBV? Afinal, aquele primeiro conjunto já não estava nas mãos da IIBV? Por que ele saiu da IIBV e a ela retornou menos de 2 meses depois?

Convém lembrar que, antes mesmo da integralização da IIBV, a InBev Holding Brasil já era controlada pelo grupo Interbrew, como ilustrado na Figura 2. A resposta às perguntas formuladas no parágrafo anterior tornar-se-á ainda mais evidente se mostrarmos esquematicamente o “passeio” das ações da AmBev detidas por IIBV. O esquema abaixo foi baseado nos documentos apresentados em resposta a intimações, bem como em documentos públicos disponibilizados na CVM, na SEC e em outros sítios públicos citados ao longo deste termo. No entanto, pela discrepância dos números encontrados, intimamos (Termo de Intimação n. 19, doc. 103) a fiscalizada a apresentar, ao longo do tempo – desde a concentração das ações da AmBev detidas pelos ex-controladores brasileiros até a sua incorporação –, a origem e a movimentação das ações da AmBev detidas pela InBev Holding Brasil (resposta àquele termo no doc. 120).

A resposta informa que, antes da conferência no capital da InBev Holding Brasil realizada por IIBV, as duas sociedades possuíam as seguintes quantidades de ações da AmBev:

IIBV (Holanda)			InBev Holding Brasil		
OPA (InBev SA)	1.347.154.632	ON	S-BRACO	888.214.820	ON
Incorporação Labatt	7.866.181.882	ON	ECAP	4.039.568.225	ON
Incorporação Labatt	11.398.181.319	PN	BRACO	3.326.130.215	ON
	R\$13.585.534.950,82		OPA	1.612.915.545	ON
			Total	9.866.828.805	ON

FIGURA 10

As ações ordinárias e preferenciais da AmBev detidas por IIBV foram recebidas: (i) quando da incorporação da Labatt pela AmBev (Figura 7), operação aprovada na

AGE de 27 de agosto de 2004 (7.866.181.882 ON e 11.398.181.319 PN) e (ii) da cessão de ações feita por sua controladora InBev SA/NV, adquiridas na OPA, conforme parágrafo 70 (1.347.154.632 ON). As ações ON da AmBev foram concentradas na InBev Holding Brasil por força do Acordo de Incorporação (Figuras 2 e 3). Concluído o Acordo de Incorporação, a InBev Holding Brasil era controlada pela Interbrew, que também controlava a IIBV.

Como exposto no parágrafo 42, o conjunto de ações da IIBV foi conferido no capital da InBev Holding Brasil (30 de maio de 2005) por seu custo de aquisição, de R\$ 13.585.534.950,82 (parágrafos 58 e 41). O registro contábil dessa integralização foi realizado conforme o disposto no art. 385 do Regulamento do Imposto de Renda, que determina que o custo de aquisição seja desdobrado em equivalência (R\$ 6.426.478.476,88) e ágio (R\$ 7.159.056.473,94). A representação da conferência feita por IIBV no capital da InBev é apresentada na sequência:

InBev Holding Brasil		
S-BRACO	888.214.820	ON
ECAP	4.039.568.225	ON
BRACO	3.326.130.215	ON
OPA	1.612.915.545	ON
IIBV	1.347.154.632	ON
IIBV	7.866.181.882	ON
IIBV	11.398.181.319	PN
Ações AmBev integralizadas por IIBV		
Equivalência - R\$ 6.426.478.476,88		
Ágio - R\$ 7.159.056.473,94		

FIGURA 11

Passados apenas 59 dias, a InBev Holding Brasil é incorporada pela AmBev. O Protocolo e Justificação menciona que, em virtude da incorporação, “foram canceladas 25.175.834.643 ações ordinárias e 11.398.181.319 ações preferenciais da classe única da Companhia de propriedade da InBev Brasil e a conseqüente emissão, em mesmo número, de novas ações ordinárias e preferenciais da classe única da Companhia, neste ato subscritas, na forma do disposto no §2º do art. 227 da Lei nº 6.404/76 e nos termos do Boletim de Subscrição que ficará arquivado na sede da Companhia, pelos administradores da InBev Brasil, e integralizadas mediante a versão, à Companhia, do patrimônio líquido da sociedade incorporada” (parágrafo 43). O número de ações ON citado no referido protocolo como de propriedade da InBev Holding Brasil difere do total de ações ON constante da Figura 9, que traz um total de 19.080.165.319 ações ordinárias da AmBev (888.214.820 + 4.039.568.225 + 3.326.130.215 + 2.960.070.177 + 7.866.181.882).

Questionamos (Termo de Intimação n. 19, doc. 103), pois, o porquê dessa diferença. A resposta (doc. 120) indicou que a diferença se deve a uma bonificação, aprovada em 31 de maio de 2005, decorrente da capitalização de parte das reservas de capital existentes no balanço de 31 de dezembro de 2004, na proporção de 1 ação ordinária para cada 5 ações ordinárias ou preferenciais de emissão da AmBev, conforme ata de reunião do conselho de

administração da AmBev. Antes da bonificação, o total de ações ordinárias da AmBev detidas pela InBev Holding Brasil era de 19.080.165.319; após a bonificação de 20% (6.095.669.328 novas ON), as ações ordinárias da AmBev de propriedade da InBev Holding Brasil totalizavam 25.175.834.646, número das ações canceladas (no protocolo menciona-se um número de ações menor em 3 unidades, absolutamente irrelevante para os nossos propósitos) na incorporação da InBev Holding Brasil pela AmBev. Apresenta-se a seguir uma tabela com as ações detidas pela InBev Holding Brasil até a sua incorporação, inclusive com o nome das sociedades de onde elas provieram:

Origem	N. de ações AmBev antes da bonificação	Tipo	Bonificação (ON)	N. de ações AmBev depois da bonificação
	7.866.181.882	ON	1.573.236.376	11.719.054.522 (*)
IIBV	11.398.181.319	PN	2.279.636.264	11.398.181.319
	1.347.154.632	ON	269.430.926	1.616.585.558
ECAP	4.039.568.225	ON	807.913.645	4.847.481.870
S-BRACO	888.214.820	ON	177.642.964	1.065.857.784
BRACO	3.326.130.215	ON	665.226.043	3.991.356.258
OPA	1.612.915.545	ON	322.583.109	1.935.498.654
Total ON	19.080.165.319		6.095.669.328	25.175.834.647
Total PN	11.398.181.319		-	11.398.181.319

FIGURA 12

finalmente, em 28 de julho de 2005, o conjunto de ações ON e PN da AmBev é cancelado (incorporação da controladora pela controlada) ao mesmo tempo em que são emitidas novas pela AmBev, em igual número, à IIBV, controladora da sociedade extinta.

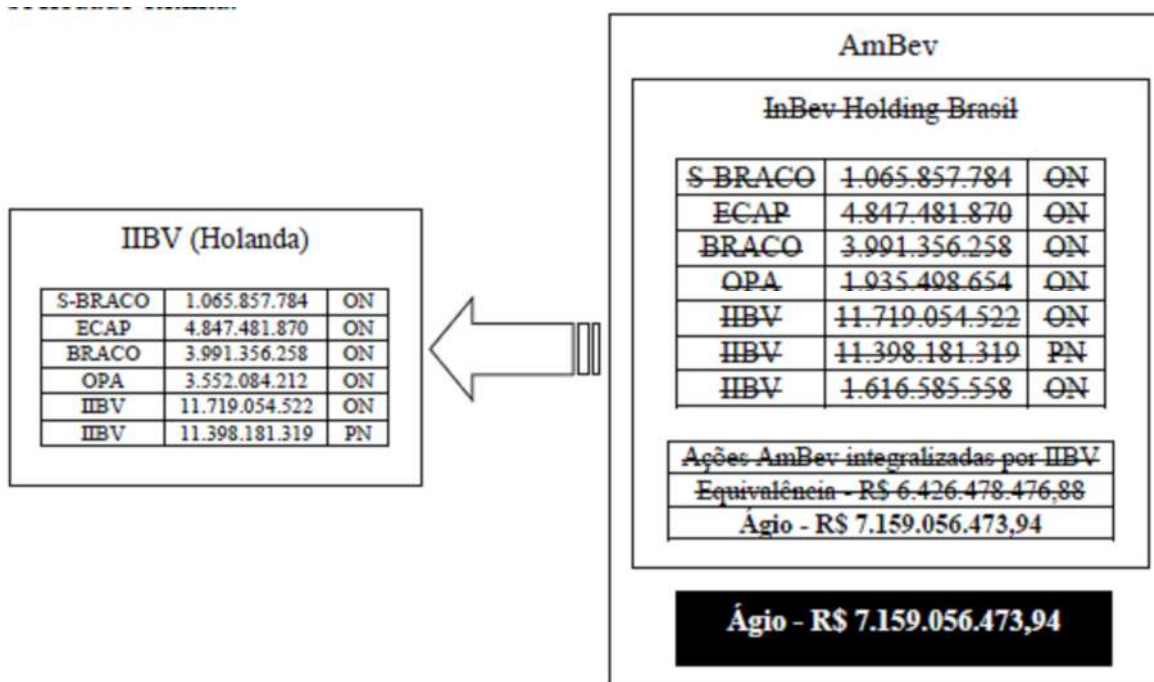


FIGURA 13

As ações da AmBev detidas por IIBV fizeram tão somente um “passeio” de 59 dias e voltaram à sua origem. O mesmíssimo resultado (tirante o ágio) seria obtido se a AmBev tivesse incorporado a InBev Holding Brasil antes da integralização da IIBV, pois se deve levar em conta que as empresas faziam parte do mesmo grupo e poderiam, portanto, alocar suas ações à sua conveniência (basta lembrar que as ações da AmBev adquiridas diretamente pela InBev SA quando da OPA foram transferidas para a IIBV, que as integralizou na holding brasileira, como explicado no parágrafo 100). Nesse caso, a InBev Holding Brasil, em cujo ativo constavam as participações na AmBev antes detidas pelo grupo SB, teria as suas ações AmBev canceladas e novas ações poderiam ser emitidas à IIBV. A bonificação poderia ter sido igualmente feita, bastando que apenas as novas ações bonificadas fossem emitidas em favor da IIBV.

E por que assim não foi feito? A resposta a essa pergunta é a mesma que a resposta às perguntas formuladas no parágrafo 97: exatamente porque, se as ações da AmBev não tivessem “passeado” pelo Brasil, o que estaria reconhecido na estrangeira seria um *goodwill* que, se existente (conforme discutido no parágrafo 80), além de provavelmente bem menor, não seria aqui amortizado tributariamente. Essa operação (“passeio”) foi formalizada com o intuito exclusivamente tributário: a criação de um ágio cuja despesa de amortização geraria uma economia tributária de mais de R\$ 2,4 bilhões (34% do valor do ágio – 25% a título de IRPJ, 9% de CSLL) foi o cerne da operação, haja vista a falta de racional que o “passeio” das ações da IIBV flagrantemente evidencia.

As notas explicativas às demonstrações financeiras da AmBev para os exercícios findos em 31 de dezembro de 2006 e 2005¹¹ assim informam no seu item (1,b,iii):

Em 28 de julho de 2005, em Assembléia Geral Extraordinária, os acionistas da Companhia aprovaram operação de incorporação de sua controladora InBev Brasil, com o objetivo de simplificar a estrutura societária da qual fazem parte a InBev Brasil, a AmBev e suas controladas, propiciando benefícios financeiros para a AmBev, e conseqüentemente, para seus acionistas e para os acionistas da InBev Brasil. Os principais aspectos relacionados à incorporação foram:

a) O ágio originalmente registrado pela InBev Brasil e atribuído à expectativa de resultados futuros da AmBev, no montante total de R\$ 8.510,1, passa a ser, após a Incorporação, fiscalmente amortizado em até dez anos pela AmBev, nos termos da legislação tributária vigente e sem impacto no seu fluxo de dividendos.

b) A InBev Brasil, em atendimento à Instrução CVM nº 349, constituiu provisão, anteriormente à sua incorporação pela AmBev, no montante de R\$ 5.616,7, correspondente à diferença entre o valor do ágio e do benefício fiscal decorrente da sua amortização, de forma que a AmBev incorporou somente o ativo correspondente ao benefício fiscal decorrente do fato da amortização do ágio a ser dedutível para fins fiscais. A referida provisão vem sendo revertida na mesma proporção em que o ágio é amortizado pela AmBev, não afetando, portanto, o resultado de suas operações.

c) A reserva especial de ágio que foi constituída na AmBev, como resultado dessa incorporação, será, ao término de cada exercício fiscal e na medida em que o benefício fiscal a ser auferido pela AmBev, em decorrência da amortização do ágio, representar uma efetiva diminuição dos tributos por ela pagos, objeto de capitalização na AmBev, em proveito da InBev NV/AS, acionistas da InBev Brasil, sem prejuízo do direito de preferência assegurado aos demais acionistas da AmBev na subscrição do aumento de capital resultante de tal capitalização. Entretanto, os acionistas da InBev Brasil obrigam-se a capitalizar apenas 70% (setenta por cento) do valor da reserva especial de ágio que lhe couber ao término de cada exercício fiscal. O saldo não capitalizado da reserva será, quando possível e observado o interesse da AmBev, utilizado para distribuição aos seus acionistas, a título de dividendos ou juros sobre o capital próprio.

No tocante à incorporação, os “principais aspectos” discutidos na AGE citada no trecho transcrito no parágrafo anterior limitam-se exclusivamente ao ágio. Os “Motivos da Operação” constantes do Protocolo e Justificação anexo à ata da referida AGE mencionam que:

1.1. A Incorporação está inserida em um processo de simplificação da estrutura societária da qual fazem parte a InBev Brasil, a AmBev e suas controladas, que já resultou na incorporação, pela AmBev e pela InBev Brasil, de outras sociedades.

1.2. A Incorporação resultará em benefícios financeiros para a AmBev, e conseqüentemente, para seus acionistas e para os acionistas da InBev Brasil, conforme adiante demonstrado.

1.3. A AmBev continuará a ser uma sociedade dedicada à produção e ao comércio de cervejas, concentrados, refrigerantes e demais bebidas.

Os únicos “benefícios financeiros” citados no Protocolo e Justificação estão expressos no seu item 3, que menciona apenas o aproveitamento do ágio. Não há qualquer referência a outros benefícios financeiros trazidos pela incorporação.

Como se viu, o Protocolo e Justificação da incorporação da InBev Holding Brasil restringiu os benefícios financeiros da operação à amortização fiscal do ágio. A despeito da importância com que se revestem o protocolo e a justificação, intimamos (Termo de Intimação n. 15, doc. 91) a fiscalizada a informar a quais benefícios financeiros se referia o mencionado Protocolo e Justificação. A resposta elencou os seguintes benefícios (doc. 95):

(i) Redução do Custo de Auditoria e Publicações, dado que a InBev Holding Brasil não necessitou mais ser auditada;

(ii) Redução do Custo de Publicação, dado que o Balanço Anual da InBev Holding Brasil não necessitou mais ser publicado;

(iii) Benefício decorrente da Amortização do Ágio na aquisição do investimento na Ambev;

(iv) Eliminação do PIS e COFINS incidente sobre a Receita de Juros sobre Capital Próprio recebidos da investida;

(v) Redução de outros custos administrativos, especialmente serviços de terceiros, licenças e taxas, que são necessárias para se manter uma companhia operando.

Por outro lado, outro benefício relevante de uma simplificação da estrutura societária é intangível e está relacionado ao maior foco no negócio que os executivos passam a ter quando operam dentro de uma estrutura societárias menos complexa.

Se ainda pairava alguma dúvida quanto ao real objetivo da integralização feita por IIBV no capital da InBev Holding Brasil, que logo em seguida foi incorporada pela AmBev, a resposta acima tratou de dissipá-la. Todas as alegadas reduções de custo são irrisórias quando comparadas ao benefício fiscal a ser obtido com a amortização do ágio. O cálculo do quanto se economizaria com a amortização de um ágio de mais de R\$ 7,1 bilhões é simples: basta multiplicar a alíquota conjunta do IRPJ e da CSLL (34%) pelo valor do ágio, o que resultaria num abatimento fiscal de cerca R\$ 2,4 bilhões!

A carência de substrato econômico na integralização realizada por IIBV é patente quando se revelam os efeitos almejados pela incorporação (feita poucos dias após) da InBev Holding Brasil pela AmBev: as duas operações foram conjuntamente planejadas com a finalidade de obtenção de uma estupenda economia tributária, sem que as outras motivações alegadas, pela sua insignificância relativa, possam ser consideradas minimamente razoáveis para fins de dedução da amortização do ágio originado pela conferência da IIBV no capital da InBev Holding Brasil.

Isso posto, as despesas de amortização do ágio oriundo da integralização realizada por IIBV no capital da InBev Holding Brasil, aproveitadas tributariamente pela fiscalizada desde 2005 (os anos de 2005 a 2010 já foram objeto de autuação, conforme explicado no primeiro parágrafo), devem ser glosadas, agora para os anos-calendário de 2011 a 2013, sob o argumento de que são desprovidas da necessidade requerida para admiti-las como dedutíveis no cômputo da base de cálculo do imposto de renda, conforme disposto no art. 299 (cuja base legal é o art. 47 da Lei n. 4.506, de 1964) do Regulamento do Imposto de Renda. Vale destacar que a despesa de amortização de ágio também deve ser glosada na apuração da CSLL, como dispõem o art. 13, inciso III, da Lei nº 9.249/95 e o art. 57 da Lei n. 8.981/95:

Art. 13. Para efeito de apuração do lucro real e da base de cálculo da contribuição social sobre o lucro líquido, são vedadas as seguintes deduções, independentemente do disposto no art. 47 da Lei nº 4.506, de 30 de novembro de 1964:

(...)

III - de despesas de depreciação, amortização, manutenção, reparo, conservação, impostos, taxas, seguros e quaisquer outros gastos com bens móveis ou imóveis, exceto se intrinsecamente relacionados com a produção ou comercialização dos bens e serviços;

Art. 57. Aplicam-se à Contribuição Social sobre o Lucro (Lei nº 7.689, de 1988) as mesmas normas de apuração e de pagamento

estabelecidas para o imposto de renda das pessoas jurídicas, inclusive no que se refere ao disposto no art. 38, mantidas a base de cálculo e as alíquotas previstas na legislação em vigor, com as alterações introduzidas por esta Lei. (Redação dada pela Lei nº 9.065, de 1995)

Multa isolada decorrente da falta de recolhimento de estimativas mensais

Nos anos-calendário de 2011 a 2013, a fiscalizada apurou em alguns meses as estimativas mensais com base na receita bruta e em outros com base em balanço ou balancete de suspensão ou redução. Nessa última modalidade, as glosas mensais relativas à amortização dos ágios implicam o recálculo das estimativas, com a consequente aplicação da multa isolada incidente sobre o valor mensal não recolhido, como determinado pelo art. 44 da Lei 9.430/95.

Qualificação da multa

A forma adotada pelo grupo belga para artificialmente contabilizar em sua controlada brasileira Inbev Holding Brasil, no tocante à OPA realizada para aquisição das ações em circulação da AmBev, um ágio originado pela “escala” que o dinheiro remetido pela InBev SA fez na InBev Holding Brasil (diferentemente do pagamento em ações feito pela mesma InBev SA aos acionistas que trocaram ações da brasileira por ações da belga) teve a clara intenção de revestir de legalidade uma operação cujo propósito principal (se é que não o único) foi reduzir as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL.

A previsão disposta na cláusula 10.04, ‘d’, do Contrato de Contribuição e Subscrição, por meio da qual a InBev Holding Brasil foi empregada para concentrar as ações da AmBev detidas grupo Interbrew, faz sentido quanto às ações antes detidas pelo grupo brasileiro (ex-controladores da AmBev). A falta de lógica fica patente, contudo, quanto às ações adquiridas na OPA, uma vez que as pagas em dinheiro fizeram a “escala”, enquanto as pagas com ações da InBev SA seguiram diretamente para os belgas. É evidente que, independentemente da forma de pagamento, as ações deveriam seguir diretamente para os belgas, pois não faz sentido concentrar ativos que já eram detidos por eles, ainda mais porque, em seguida, aquelas ações que foram “concentradas” na holding brasileira (OPA) voltaram para o grupo Interbrew quando da incorporação da InBev Holding Brasil.

O dinheiro utilizado para o pagamento e as ações com ele adquiridas na OPA poderiam ser diretamente intercambiados entre as partes (InBev SA e acionistas), sem qualquer intermediação na holding brasileira. A comparação entre o fluxo “dinheiro/ações AmBev” (com “escala”) e o fluxo “ações InBev SA/ações AmBev” (sem “escala”) demonstra que a quebra do primeiro fluxo pela holding brasileira foi dolosamente preconcebida para gerar um ágio de cerca de R\$ 1,475 bilhão que viria a ser amortizado tributariamente pela fiscalizada.

Em meio a uma infinidade de outros atos, mesmo sendo a AmBev uma companhia de capital aberto sujeita à publicidade a que estão obrigadas, em tese, companhias abertas, a hipótese de que as etapas aqui batizadas de “escala” e “passeio” fossem por nós detectadas é significativamente reduzida, se não nula. A evidente intenção de produzir documentos (envoltos em inúmeros outros) que serviram de aparato jurídico a transações desprovidas de qualquer outro propósito que não o tributário demonstra o espírito fraudulento

de que estava imbuído o bloco de controle no qual estava inserida a fiscalizada, que viria a ser a beneficiária direta da amortização dos ágios.

O “passeio” feito pelas ações da AmBev detidas pela IIBV é igualmente desprovido de propósito negocial e representa uma operação eivada de dolo, praticada com o intuito de reduzir ilicitamente o montante de tributos devidos. As ações da AmBev já estavam em mãos da holandesa, por isso carece de lógica concentrá-las no Brasil para, ato contínuo, voltarem às suas mãos (ou às mãos de qualquer outra empresa sob controle comum). Produzir documentos que tentem legitimar um mero “passeio” de ações da AmBev, camuflados entre outros tantos atos societários, configura a vontade dolosa de causar prejuízo (a toda sociedade brasileira, com exceção dos sócios beneficiados) pela “herança” (um intangível de mais de R\$ 7,1 bilhões) deixada na forma de ágio a ser amortizado tributariamente.

Tanto a “escala” quanto o “passeio” foram arquitetados para aproveitar o benefício fiscal introduzido pela Lei n. 9.532/97, cujo art. 7º é a base legal do art. 386 do Regulamento de Imposto de Renda. O reconhecimento (forçado) dos ágios foi feito em sociedade que se sabia seria incorporada pouco tempo após as duas operações. Uma vez que os ágios (fundamentados em rentabilidade futura) foram calculados pela suposta obediência ao disposto no art. 385 (art. 20 do Decreto-lei n. 1.598/77) do RIR, o investimento da InBev Holding Brasil na AmBev foi desdobrado em equivalência e ágio. Como a holding brasileira veio a ser incorporada (como planejado) pela sua controlada, criou-se a condição para que os ágios recente e artificialmente reconhecidos na OPA e na integralização passassem a ser amortizados tributariamente.

É patente que, se a legislação tributária brasileira não admitisse a amortização do ágio, as ações da AmBev adquiridas em dinheiro na OPA teriam ido diretamente para o grupo belga, da mesma forma que os recursos recebidos pelos acionistas seriam diretamente pagos pela InBev SA. O “passeio” das ações da AmBev detidas pela IIBV também não ocorreria, afinal não haveria qualquer sentido em integralizá-las em sociedade brasileira que seria incorporada poucos dias depois, além do que as mesmas ações, feita a incorporação – a endossar a falta de lógica –, retornaram à IIBV.

Se houve ágio pago na OPA, ele deveria ter ficado registrado na belga InBev SA. E, supondo a sua existência, deveria ser reconhecido segundo as normas internacionais de contabilidade, que definem o ágio por rentabilidade futura (*goodwill*) como a diferença entre o valor de aquisição e o patrimônio líquido da investida avaliado pelo valor de mercado. Não se sabe, portanto, se houve o reconhecimento de um *goodwill* ou mesmo se ele existiu. A “parada estratégica” (artificiosa), no Brasil, do dinheiro proveniente do exterior para pagar pelas ações da AmBev disponibilizadas na OPA teve como objetivo reconhecer, na holding brasileira, um ágio (se é que existiu) que deveria ter ficado na Bélgica. Mas não apenas isso: tentou-se também tirar proveito do fato de que, tendo em vista a iminente incorporação da InBev Holding Brasil, o ágio que artificialmente fora recém-reconhecido passaria a ser aproveitado tributariamente pela incorporadora (AmBev).

Feita a aquisição direta, nenhum ágio teria sido reconhecido na holding brasileira, exatamente como no caso das ações da AmBev adquiridas com ações da InBev SA. O ativo adquirido foi o mesmo (ações ON da AmBev), numa mesma data, numa mesma OPA, por um mesmo adquirente. O dolo mostra-se evidente quando o pagamento feito em dinheiro seguiu uma trajetória diferente da seguida pelo pagamento feito em ações da InBev SA, sem

que houvesse qualquer razão para tanto (exceto a de obter uma extraordinária economia tributária).

E mais evidente ainda torna-se o intuito de fraudar ao se verificar que a documentação que deu suporte à entrada do dinheiro utilizado na OPA pretendeu dar a impressão de que houvera a intenção de capitalizar uma empresa brasileira, quando, na verdade, a operação formalizada como capitalização foi vazia de significado econômico, pois o capital integralizado desaparece pouco tempo depois com a incorporação da holding nacional. Ao final, o dinheiro capitalizado serviu para adquirir uma participação que desapareceria pouco tempo depois, em virtude da incorporação da holding brasileira pela participada. Não havia intenção de capitalizar, a despeito de assim ter-se formalizado.

O que se fizeram foram operações, iniciadas com a remessa de dinheiro do exterior, cuja sequência (remessa internacional capitalização da InBev Holding Brasil pela InBev SA aquisição de ações da AmBev na OPA saída do numerário (pagamento dos acionistas) no mesmo dia em que entrou e registro da participação e do ágio incorporação da InBev Holding Brasil apenas 114 dias após a integralização e a aquisição do investimento na AmBev, ficando a incorporadora (controlada) com o benefício fiscal a ser auferido pela amortização do ágio cancelamento das ações adquiridas na OPA emissão de novas ações para a InBev SA) demonstra claramente que o intuito do conjunto intermediário de atos foi reconhecer artificialmente um ágio. A formalização desse conjunto de atos teve, portanto, o objetivo de dar, inclusive ao fisco, informações que não refletiam a realidade dos fatos, para auferir indevida e dolosamente uma substancial economia tributária, entre eventuais outras vantagens.

O mesmo descasamento entre formalização e a verdadeira intenção ocorreu no caso da integralização realizada pela IIBV na holding brasileira. A conferência no capital foi feita mediante ações da AmBev detidas pela IIBV, que recebera parte delas no ato da incorporação da Labatt Holding Bahamas, enquanto outra parte fora recebida da InBev SA, que adquirira na OPA ações ON diretamente dos acionistas que optaram por receber como pagamento ações da belga. Note-se: todo esse conjunto já estava de posse da IIBV, que nesse momento já era uma subsidiária da InBev SA. A integralização feita com esse conjunto na InBev Holding Brasil, que concentrava ações da AmBev antes detidas por ex-controladores brasileiros e que deveriam passar às mãos dos belgas, retornou, apenas 59 dias após a integralização (quando da incorporação da holding brasileira pela sua controlada AmBev), às mãos de quem acabara de integralizar aquele conjunto de ações. Ou seja, “concentrou-se” algo que já estava concentrado em suas mãos, exatamente porque, não obstante a total falta de lógica disso, poder-se-ia auferir uma monumental economia tributária.

Desse rápido “passeio circular” das ações da AmBev detidas pelos belgas, ficou como “prêmio” no Brasil um ágio de mais de R\$ 7,1 bilhões, recebido pela fiscalizada e indevidamente pago pelo restante dos cidadãos brasileiros. Analogamente à documentação que serviu de suporte às operações relacionadas à OPA, a formalização representativa da integralização pretendeu retratar juridicamente uma realidade que de fato se mostrou outra. A circularização das ações demonstra que as várias operações engenhadas tiveram a finalidade de criar artificialmente um intangível cuja amortização reduziria as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL.

Operações como as aqui discutidas, encadeadas em etapas para dar um tipo de retrato jurídico, mas que, analisadas como um todo, revelam a intenção de fraudar o fisco,

prejudicam a livre concorrência, ocultam a real capacidade contributiva individual do contribuinte e distorcem a neutralidade tributária. Se é aceitável que a neutralidade tributária seja invocada nos casos em que governos provocam intervenções que causem prejuízos à competição de mercado (salvo em situações necessárias para corrigir eventuais distorções), também ela deve prevalecer quando particulares utilizam práticas tributárias abusivas. Se os governos devem abster-se de provocar desequilíbrios concorrenciais no primeiro caso, devem prontamente atuar no caso em que a concorrência é distorcida pelo uso indevido de tributos em favor de contribuintes que pratiquem planejamentos tributários abusivos.

A demonstração da clara intenção de representar juridicamente operações de forma diversa do que na realidade representavam, com o fim de obter dolosamente uma economia tributária ilícita, enseja a aplicação da multa qualificada estabelecida pelo art. 44, §1º, da Lei n. 9.430/96.

A seguir as autoridades administrativas tratam da responsabilidade da AMBEV S.A. por sucessão, uma vez que incorporou a Companhia de Bebidas das Américas - AMBEV, nos termos do artigo 129 do Código Tributário Nacional (CTN) e da responsabilidade também, pela multa.

Regularmente intimada, a Empresa apresentou impugnação onde alegou, resumidamente, o seguinte:

I PRELIMINARMENTE - Decadência em razão da impossibilidade de questionamento de meros efeitos de fatos consumados no passado;

II -MÉRITO

II 1. Das afirmações ideológicas, equivocadas e absolutamente irrelevantes para o caso concreto constantes do Termo de Verificação Fiscal;

II.2. Das premissas desconsideradas pela fiscalização em se tratando de amortização de ágio;

II.3. Do negócio entabulado pela Recorrente: visão integral do filme;

II.3.1 Especificamente no que diz respeito ao ágio decorrente da OPA

II.3.2. Especificamente no que diz respeito ao ágio decorrente da contribuição de capital pela IIBV;

II.3.2.1. Do custo de aquisição das ações da AMBEV pela IIBV;

II.3.2.1.1 Irrelevância do ágio reconhecido na LABATT Dinamarquesa;

II.3.2.1.2 Quanto ao valor da LABATT: das submissão da operação à CVM e ao BACEN

II.3.2.2 A conferência de ações realizada é perfeitamente legítima e era a forma de viabilizar a amortização de uma ágio decorrente de preço efetivamente pago entre partes não relacionadas na aquisição de investimento;

II.4. Da motivação extra-fiscal para ambas operações resultante da análise conjunta da "escala" e do "passeio": aumento de participação total da IMBEV e concentração do investimento na IIBV;

II.4.1. Da explicação quanto à forma como foram alcançados os objetivos pretendidos;

II.4.2. Do resultado alcançado;

II.4.3. Impossibilidade jurídica de simulação: a realidade fática subjacente é consistente somente com as operações realizadas e tidas por simuladas;

II.5. CSLL Tributação reflexa quanto ao ágio - impossibilidade por falta de previsão legal;

II.5.1. O artigo 13 inciso III da Lei nº 9.249/95;

II.5.2. O artigo 57 da lei nº 8.981/95;

III. Improcedência da qualificação da multa;

III.1. Inexistência de fraude;

III.2. A simples intenção de obter economia tributária não ser tida como dolo para a qualificação da multa;

III.3. A pacífica jurisprudência administrativa;

IV. Quanto à multa exigida isoladamente;

V. Não cabimento dos juros de mora sobre multa de ofício;

Recebida a impugnação, a 2ª Turma da DRJ de Belo Horizonte proferiu decisão mantendo a autuação, afastando, todavia, a qualificação da multa de ofício, tendo sido emitidas as seguintes ementas:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2011, 2012, 2013

PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. INTERNAÇÃO DE ÁGIO. AMORTIZAÇÃO. GLOSA.

Constitui planejamento tributário inoponível ao Fisco a formalização de atos societários destituídos de propósito negocial a não ser o de internar ágio gerado na reavaliação de investimento de outro titular, sendo procedente a glosa de sua amortização fiscal realizada por terceiro.

ÁGIO DECORRENTE DE OFERTA PÚBLICA DE AQUISIÇÃO DE AÇÕES (OPA art. 254A da Lei 6.404/1976). TITULARIDADE.

O ágio resultante de aquisição de ações decorrente de oferta pública realizada nos termos da lei societária (art. 254A da Lei 6.404/1976) deve ser registrado no patrimônio da sociedade legalmente definida como ofertante.

Assunto: Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL

Ano-calendário: 2011, 2012, 2013

TRIBUTAÇÃO REFLEXA.

A decisão proferida em relação aos fatos que levaram à manutenção do IRPJ impõe-se também à CSLL, naquilo que for cabível, uma vez que ambos os lançamentos estão assentados nos mesmos elementos de prova.

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Ano-calendário: 2011, 2012, 2013

DECADÊNCIA. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. FATO GERADOR.

O fato gerador do IRPJ é constituído por uma série de eventos jurídicos, ocorridos ao longo do ano-base. Em 31 de dezembro, encerra-se a apuração do imposto. Nessa data, ocorre o fato gerador e surge a obrigação tributária.

DECADÊNCIA. FATOS PRETÉRITOS. NATUREZA PROBATÓRIA. POSSIBILIDADE.

A análise da formação do ágio tem natureza de prova e independentemente da data do fato a que se reporte, está sujeita à livre apreciação pelo fisco que pode efetuar o lançamento com base nela desde que o fato gerador esteja dentro do prazo decadencial.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA.

A multa de ofício prevista é de 75%, sendo elevada a 150% caso se constate a subsunção às hipóteses agravantes indicadas.

O "evidente intuito de fraude" encontra-se presente nas definições de sonegação, fraude e conluio.

Não há evidente intuito de fraudar quando a controvérsia diz respeito fundamentalmente a questões jurídicas, de direito, de lei, de interpretação e ou aplicação dos preceitos normativos.

Impugnação Procedente em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte

Em função do afastamento da multa, o Presidente daquela Turma Julgadora recorreu de ofício a este CARF.

Insatisfeita com o decidido, a AMBEV apresentou Recurso Voluntário aduzindo os seguintes fundamentos:

Apresenta, graficamente, o "step by step" retratando as negociações que culminaram com a aquisição do controle acionário da AMBEV pela Interbrew (fls. 12670/12673)

Em razão destas operações, e tendo em vista a incorporação da Inbev Holding pela COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMÉRICAS – AMBEV, já no ano de 2005 esta sociedade (posteriormente incorporada pela Recorrente) passou a amortizar:

a) o ágio reconhecido em virtude de oferta pública obrigatória, decorrente da aquisição em dinheiro, pela Inbev Holding, de ações dos acionistas minoritários em razão de oferta pública de ações (“OPA”) realizada em 29/03/2005; e

b) o ágio reconhecido em virtude da conferência das ações da AmBev no capital da Inbev Holding Brasil, decorrente da integralização do capital da Inbev Holding Brasil pela empresa holandesa IIBV, em 30/05/2005, mediante entrega das ações detidas por aquela companhia na AmBev, por seu custo de aquisição.

Quanto ao primeiro ágio, a fiscalização basicamente questiona o fato de a empresa belga Inbev SA/NV, que era a controladora obrigada à realização da OPA, ter efetuado a aquisição das ações (como autorizado pela CVM) por meio de sua controlada brasileira Inbev Holding Brasil, fazendo segundo a fiscalização uma “escala” que viabilizou o surgimento no Brasil de um ágio que se existente deveria ter permanecido no exterior.

Contudo, *data maxima venia*, o registro do ágio é uma obrigação que decorre diretamente da aquisição de investimento por valor superior ao patrimônio líquido da empresa investida, nos termos do art. 20 do DL nº 1.598/77, sendo irrelevante a razão (causa) pela qual esta aquisição é feita, de modo que sendo fato incontroverso que no caso esta aquisição de ações da Recorrente foi feita pela Inbev Holding Brasil, com recursos próprios e em dinheiro pago a terceiros não relacionados (acionistas minoritários), dúvida não há quanto ao direito à amortização deste ágio quando da incorporação daquela empresa pela AmBev.

Ademais, ainda que isto seja irrelevante no caso foi expressamente autorizado pela CVM que a aquisição das ações decorrente da OPA realizada pela Inbev S.A. fosse feita por sua controlada brasileira, a Inbev Holding Brasil.

Já quanto ao segundo ágio, a fiscalização basicamente questiona sua amortização por dois motivos: **(b.1)** como a origem do custo de aquisição das ações da AmBev pela IIBV era (segundo a acusação fiscal) o ágio reconhecido na Labatt dinamarquesa, teria sido transferido para uma sociedade brasileira o ágio gerado fora do território nacional; e

(b.2) o ágio decorreu da integralização de capital feita pela IIBV na Inbev Holding Brasil com ações da Ambev, sendo que com a extinção da Inbev Holding Brasil em razão de sua incorporação pela Ambev, 59 dias depois, a IIBV teria voltado a ser detentora das mesmas ações que possuía antes daquela integralização de capital (a acusação fiscal é de que teria havido apenas um “passeio circular”).

Entretanto, como será oportunamente demonstrado, **é simplesmente absurda a afirmação de que o custo de aquisição das ações da AmBev pela IIBV teria origem no ágio reconhecido na Labatt dinamarquesa (cujo efeito na realidade foi impedir o surgimento de um novo ágio no Brasil), sendo certo, pelo contrário, que este custo foi chancelado por 3 laudos independentes (Citigroup, Apsis e JP Morgan) e após profundo**

escrutínio foi validado pelo Banco Central do Brasil ao permitir o registro do investimento direto estrangeiro no valor correspondente.

E, diversamente do afirmado pela fiscalização, como consequência da integralização de capital na Inbev Holding Brasil e sua posterior incorporação pela AmBev a IIBV não voltou a ter as mesmas ações que antes possuía, mas na realidade aumentou sua participação conforme pretendido.

Por fim, afigura-se também indevida a exigência da multa isolada decorrente da falta de recolhimento de estimativas mensais prevista no inciso II do artigo 44 da Lei nº 9.430/96, que, mesmo após as alterações introduzidas pela Lei nº 11.488/07, não pode ser exigida em conjunto com a multa de ofício prevista no inciso I em razão do princípio da consunção, conforme jurisprudência pacífica do E. STJ.

I – DA DECADÊNCIA EM RAZÃO DA IMPOSSIBILIDADE DE QUESTIONAMENTO DE MEROS EFEITOS DECORRENTES DE FATOS CONSUMADOS NO PASSADO

Afirma que a glosa de efeitos futuros de atos passados só é possível se não implicar juízo de valor sobre aquele ato passado já atingido pela decadência, pelo que requer ela seja reconhecida em relação a ágio criado em 2005.

II – DA IMPROCEDÊNCIA DO LANÇAMENTO QUANTO À GLOSA DOS ÁGIOS

II.1 – DAS AFIRMAÇÕES CONSTANTES DO TERMO DE VERIFICAÇÃO FISCAL CUJA IRRELEVÂNCIA PARA O CASO CONCRETO FOI EXPRESSAMENTE RECONHECIDA PELA R. DECISÃO RECORRIDA

Considerou matéria superada uma vez que o julgamento de primeira instância considerou irrelevantes as afirmações apontadas em impugnação.

II.2 – DAS PREMISSAS DESCONSIDERADAS PELA FISCALIZAÇÃO EM SE TRATANDO DE AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO

Afirma ser necessário que se tenha sempre em mente que as economias tributárias decorrentes da amortização de ágio não decorrem de alguma lacuna da lei astutamente explorada pelos contribuintes, mas de expressa determinação legal introduzida pela Lei nº 9.532/97 (artigos 7º e 8º) com o duplo objetivo de viabilizar “operações entre empresas nacionais e no exterior” e, por meio da – antes inexistente – regulação da matéria, coibir práticas empresariais abusivas que vinham até então trazendo sérios prejuízos ao erário.

Especificamente sobre o artigo 8º da Medida Provisória nº 1.602/97, que posteriormente foi desdobrado nos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, o esclarecimento da exposição de motivos foi o seguinte, “*verbis*”:

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

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

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

Portanto, tratando-se a amortização do ágio prevista nos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97 de um benefício fiscal expressamente previsto e desejado pelo legislador tributário, não pode ele ser tratado sob a ótica de um “planejamento fiscal” em que o contribuinte busca se valer de lacuna da lei ou efetivamente contorná-la para obter a economia tributária.

Assim, demonstrado que a amortização do ágio efetuada nos termos dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97 é praticada não no âmbito de um planejamento fiscal urdido pelo sujeito passivo, mas de um benefício fiscal por ele legitimamente usufruído, perdem todo o sentido quaisquer indagações sobre falta de propósito negocial ou a intenção do contribuinte de economizar tributo, que embora eventualmente relevantes no âmbito dos planejamentos tributários se mostram absolutamente irrelevantes para se aferir a legitimidade da fruição de um benefício fiscal, situação na qual a única coisa que importa é saber se o contribuinte cumpriu os requisitos legais necessários e suficientes para fazer jus ao benefício, sobretudo naquelas hipóteses (como ocorre no caso concreto) em que a aquisição se dá por sociedade estrangeira, que é justamente o que o legislador quis estimular.

Finalmente, é de se frisar que no caso concreto foram plenamente atendidos os três requisitos que se costuma exigir para a amortização do ágio, pois:

i) houve, nos dois ágios glosados, o efetivo pagamento do custo de aquisição, inclusive do ágio, tanto em dinheiro quanto em participações societárias, o que jamais foi questionado pela fiscalização nem pela r. decisão recorrida;

ii) a operação original se deu entre o Grupo Ambev, brasileiro, e o Grupo Interbrew, belga, partes originalmente não relacionadas, o que foi expressamente reconhecido pela fiscalização e não foi negado pela r. decisão recorrida;

iii) não só os laudos de avaliação não sofreram qualquer questionamento específico por parte da fiscalização nem da r. decisão recorrida, como também a expectativa de rentabilidade futura existente em 2004 e 2005 confirmou-se nesses anos que transcorreram desde a operação, transformando-se em rentabilidade efetivamente auferida.

II.3 – DO NEGÓCIO ENTABULADO PELA RECORRENTE: VISÃO INTEGRAL DO FILME

Negócio entabulado entre partes independentes e que tinha, pelo lado da AMBEV, uma dupla importância estratégica: a) de um lado, permitiu o acesso ao mercado norte-americano por intermédio de uma empresa que dividia com a Molson a liderança no

mercado local; b) de outro lado, tendo em vista ser a Labatt uma grande geradora de caixa que distribui regularmente dividendos à AmBev, a aquisição diminuiu para a AmBev a necessidade de captação externa de recursos com os custos daí decorrentes, diluindo ainda o “risco Brasil” da AmBev com a conseqüente redução do seu custo de captação de recursos quando necessários, conforme expressamente reconhecido pela Comissão de Valores Mobiliários (...).

Por outro lado, e antes de se adentrar ainda no exame do negócio entabulado, é importante ter em mente também que o grupo Interbrew jamais pretendeu participar diretamente na AmBev a partir da empresa belga Interbrew S.A. (posteriormente Inbev S.A.), por diversos motivos dentre os quais se destacam:

(a) o fato de que, diferentemente da grande maioria dos países europeus que isenta de tributação a totalidade dos dividendos recebidos de controladas estrangeiras, na Bélgica (onde está situada a Interbrew S.A.) esta isenção está limitada a 95% dos dividendos recebidos, conforme se verifica do artigo de doutrina anexo à impugnação (doc. 05 da impugnação) e como confirmado também pelo trabalho técnico da KPMG (doc. 06 da impugnação); e

(b) o grupo Interbrew já possuía desde muito antes da operação em questão uma empresa holding situada na Holanda (IIBV – Interbrew International B.V.) que concentrava (era esta justamente sua função) uma grande parte de seus investimentos internacionais (doc. 07 da impugnação).

Contudo, muito embora do ponto de vista do grupo Interbrew o ideal fosse que todo o investimento na AmBev ficasse concentrado na IIBV, que inclusive era a antiga controladora da Labatt (que foi adquirida pela AmBev), do ponto de vista negocial isto não foi possível, posto que os controladores da AmBev jamais realizariam a troca de suas ações apenas por ações da IIBV, sendo condição do negócio que eles se tornassem acionistas da empresa “mãe” do grupo belga, a Interbrew S.A., que viria a alterar sua razão social para Inbev S.A..

Foi por esta razão que o investimento da Interbrew na Ambev acabou se dando por meio de dois veículos distintos: a) de um lado a Ambrew (antiga Tinsel Lux), controladora da Ambev recebida dos antigos controladores em troca de ações da Interbrew; e b) de outro lado a IIBV, que sempre foi a holding principal do grupo Interbrew para investimentos internacionais, e se tornou acionista da Ambev quando transferiu para aquela companhia o investimento na Labatt mediante incorporação pela Ambev da Labatt Holding Bahamas.

Não obstante, considerando que a Ambrew possuía como único ativo o investimento na Tinsel Brasil, sociedade existente desde muito antes da operação e que viria a ter sua razão social alterada para Inbev Holding Brasil, diversamente do que ocorre com a IIBV que como visto sempre foi a principal holding do grupo para investimentos internacionais e necessitava do maior fluxo de dividendos possível para desenvolvimento de suas atividades, ao fechar o negócio as partes o conceberam de tal forma que, embora o investimento da Interbrew (Inbev) na AmBev se desse por dois veículos distintos (a IIBV e a Ambrew), esse investimento se concentrasse o máximo possível na IIBV, com a diluição da participação acionária da Ambrew.

Finalmente, é importante salientar ainda que parte da participação acionária da Inbev Holding Brasil na AmBev era detida indiretamente por intermédio da ECAP, na qual

existiam acionistas minoritários. Assim, fazia parte do objetivo do grupo Interbrew incorporar a ECAP de modo a evitar a incidência em duplicidade de PIS e COFINS sobre os valores pagos a título de juros sobre capital próprio, e ainda se possível adquirir a participação dos minoritários.

Pois bem, o procedimento idealizado para a concretização do negócio foi realizado da seguinte forma:

Passo 1 – 27/08/2004: Troca de Ações entre BRC e Interbrew

Passo 2 – 27/08/2004: Incorporação da Labbat Holdco Bahamas (Mergeco) pela Ambev

Passo 3 – 29/03/2005: Oferta Pública de Ações

Conforme Edital de Oferta Pública de Ações, cujo procedimento adotado encontra amparo no artigo 254-A da Lei nº 6.404/76 e na Resolução CVM nº 361, de 05.03.2002, o pagamento das ações, à opção do acionista, poderia ocorrer a) mediante entrega de ações do novo Controlador diretamente por ele ou por uma de suas subsidiárias, a IIBV (Item 1.4.1 do Edital); ou b) mediante pagamento em dinheiro efetuado pela Inbev Holding Brasil S.A. (Item 1.4.2 (ii) do Edital aprovado pela CVM), que era a subsidiária brasileira do novo Controlador que detinha o controle direto da AmBev, a qual foi especialmente capitalizada para este fim pela IIBV (e não pela Inbev S.A. como afirmado pela fiscalização).

Vale salientar que neste momento, ou seja, com a capitalização da Inbev Holding Brasil pela IIBV, ocorreu uma diluição da participação acionária que a Ambrew indiretamente possuía na AmBev, como se percebe do quadro comparativo anexo (doc. 08 da impugnação), que era um dos objetivos buscados na operação.

Passo 4 – 30/05/2005: Aumento do Capital da Inbev Holding Brasil pela IIBV com as ações da AmBev adquiridas

Como visto acima, e consta dos itens 94 e 100 do TVF, a IIBV possuía ações da AmBev adquiridas em dois momentos. Primeiramente, quando da incorporação de sua controlada Labatt Holding Bahamas pela AmBev, com o que a Labatt tornou-se uma subsidiária integral da AmBev. Neste momento a IIBV pagou pelas ações recebidas da AmBev um valor de R\$14,791 bilhões (correspondente ao valor de mercado da Labatt na database de 24/06/2004), muito superior naquela data ao valor patrimonial correspondente às ações da AmBev adquiridas. E, em segundo lugar, quando da aquisição da Inbev S.A. (a preço de custo) das ações por ela adquiridas na OPA, as quais evidentemente também haviam sido adquiridas na OPA por valor superior ao patrimonial.

Assim, e tendo em vista também o já mencionado objetivo do grupo Interbrew de concentração do investimento na AmBev o máximo possível na sua holding IIBV, realizou-se um aumento de capital na Inbev Holding Brasil com subscrição apenas pela IIBV, mediante conferência de todas as ações da AmBev por ela detidas por seu custo de aquisição (item 101 do TVF).

Com isso operou-se como pretendido nova diluição da participação acionária que a Ambrew indiretamente possuía na AmBev, como se percebe do quadro comparativo anexo (doc. 08 da impugnação).

Passo 5 – 24/06/2005: Incorporação da ECAP pela Inbev Holding Brasil

Vale salientar que, como se verifica claramente dos quadros comparativos juntados aos autos (doc. 08 da impugnação), cujas informações foram corroboradas pela KPMG (doc. 09 da impugnação), exclusivamente em razão dos aumentos de capital da Inbev Holding Brasil realizados pela IIBV (a) em 05/04/2005, com vistas ao pagamento das ações adquiridas na OPA (a que o fiscal se refere como “escala”); e (b) em 30/05/2005, com a conferência das ações da Ambev (a que o fiscal se refere como “passeio”); com a incorporação da ECAP a valor de livros e posterior novo aumento de capital pela IIBV (embora este de valor inexpressivo no contexto) a Inbev (antiga Interbrew) passa a deter um investimento total na Ambev por intermédio da Ambrew e da IIBV superior em 0,12% ao investimento que teria se essas operações não houvessem sido realizadas, diferença esta que em 31.07.2013 correspondia aproximadamente ao relevante valor de R\$ 315.000.000,00 (trezentos e quinze milhões de reais), além de ter sido concentrado seu investimento na IIBV com a diluição da Ambrew, como desejado, conforme se verifica do resumo abaixo reproduzido:

(...)

Verifica-se, assim, que a “escala” e o “passeio” não tiveram de modo algum o único efeito de viabilizar a amortização do ágio no Brasil (o que de todo modo seria perfeitamente válido, como se verá), mas cada uma dessas operações isoladamente, como se verifica do comparativo anexo cujas informações foram validadas pela KPMG (doc. 08 da impugnação) efetivamente viabilizaram também que se alcançasse o objetivo empresarial de diluir a participação da Ambrew no investimento que a Inbev detém na AmBev, concentrando-o na IIBV, e ainda aumentar a participação indireta da Inbev na AmBev o máximo possível.

Passo 6 – 28/07/2005: Incorporação da Inbev Holding Brasil pela AmBev

II.3.1 – ESPECIFICAMENTE NO QUE DIZ RESPEITO AO ÁGIO DECORRENTE DA “OPA”

(...)

A transcrição acima, embora longa, justifica-se de um lado para que possa a Recorrente corrigir alguns erros de fato nela constante, e de outro lado para que possa a Recorrente demonstrar pontualmente a improcedência de todas as razões invocadas pela fiscalização para glosar a amortização do ágio no caso.

Inicialmente, nos itens 71/72, 77 e 79 do Termo de Verificação Fiscal afirmam os ilustres fiscais autuantes que o aumento de capital na Inbev Holding Brasil, com os recursos que seriam utilizados para a aquisição das ações na OPA, teria sido realizado pela empresa belga Inbev S/A, e que posteriormente com a incorporação pela AmBev da Inbev Holding Brasil as ações adquiridas teriam retornado à belga Inbev S/A, o que os levou a indagar qual a razão então pela qual aquela aquisição já não foi feita diretamente pela belga Inbev S.A., que era quem tinha a obrigação de realizar a oferta pública e inclusive adquiriu parte das ações da AmBev relativamente aos minoritários que optaram por realizar sua troca por ações da empresa belga.

Contudo, data maxima venia, o simples exame seja do desenho societário constante do formulário 20-F apresentado à SEC, transcrito pela fiscalização no item 37 do TVF, seja do passo a passo acima reproduzido, seja finalmente da ata societária pertinente (fls. 2684/2700 dos autos do processo administrativo nº 16561.720087/2011-81 – doc. 10 da impugnação) evidencia que a belga Inbev S.A. jamais deteve participação acionária alguma na Inbev Holding Brasil, sendo que o aporte de capital na Inbev Holding Brasil não foi realizado por aquela empresa mas sim pela empresa holandesa IIBV – Interbrew International BV.

Vale salientar que a contabilização a que se referem os ilustres fiscais autuantes no item 71 consta do Livro Razão, e não do Diário, e lá há apenas o registro da subscrição de ações, sem qualquer anotação no sentido de que tal subscrição tenha se dado pela belga Inbev S.A..

Realmente, como já visto acima a empresa belga Inbev S.A. (anteriormente Interbrew) jamais desejou deter qualquer participação acionária direta na AmBev, dentre outro motivos gerenciais tendo em vista que:

(a) diferentemente da grande maioria dos países europeus que isenta de tributação a totalidade dos dividendos recebidos de controladas estrangeiras, na Bélgica (onde está situada a Interbrew S.A.) esta isenção está limitada a 95% dos dividendos recebidos, conforme artigo de doutrina que foi objeto de tradução juramentada (doc. 05 da impugnação) e trabalho técnico da KPMG (doc. 06 da impugnação);

(b) o grupo Interbrew já possuía desde muito antes da operação em questão uma empresa holding situada na Holanda (IIBV – Interbrew International B.V.) que tinha por objetivo justamente concentrar uma grande parte de seus investimentos internacionais (doc. 07 da impugnação); e

c) era na IIBV que se encontrava o caixa necessário à aquisição de novos investimentos, dentre eles as ações da Ambev a serem adquiridas na OPA.

Além da possibilidade de receber dinheiro em troca de suas ações na AmBev, o direito dos acionistas de receber em troca ações da ofertante, a belga Inbev S.A.. De fato, embora não fosse obrigatória tal opção foi concedida aos minoritários apenas para evitar qualquer possibilidade de questionamento no sentido de que não teriam podido auferir as mesmas vantagens concedidas aos antigos controladores.

Tanto isto é verdade que para aquela aquisição a Inbev S.A. emitiu novas ações (item 70 do TVF), e as ações da AmBev com elas adquiridas foram em seguida vendidas à IIBV, como reconhecem os ilustres fiscais autuantes no item 100 do Termo de Verificação Fiscal.

Com isto resta explicada a razão pela qual as ações adquiridas na OPA pela

Inbev Holding Brasil não foram adquiridas diretamente pela belga Inbev S.A., que jamais desejou fazê-lo e diversamente do afirmado não se tornou acionista da AmBev com a posterior incorporação da Inbev Holding Brasil, sendo certo que o dinheiro necessário para tanto foi recebido da IIBV e não daquela empresa.

Acrescente-se a isso que, tendo sido feito aporte de capital pela IIBV na Inbev Holding Brasil, quando do pagamento das ações adquiridas em dinheiro na OPA ela na

realidade utilizou recursos próprios, porque tais recursos já haviam sido integrados ao seu patrimônio.

Resta igualmente explicada a alegada falta de lógica suscitada pelos ilustres fiscais autuantes nos itens 84 a 86 do TVF quanto à razão da diferente estruturação do pagamento em dinheiro feito aos minoritários que optaram por receber em espécie, em comparação com as ações da AmBev cedidas pelos minoritários em troca das ações da Inbev S.A. Ora, é evidente que a Inbev Holding Brasil não tinha como emitir ações daquela empresa, o que só poderia ser feito por ela própria.

Aliás, diversamente do que afirmam os ilustres fiscais autuantes no item 87 do Termo de Verificação Fiscal, as ações da Ambev adquiridas em troca de ações da Inbev S.A. posteriormente foram sim igualmente concentradas na Inbev Holding Brasil, como sempre se desejou desde o início da operação, no momento posterior em que a IIBV contribuiu ao capital da Inbev Holding Brasil a totalidade de suas ações na Recorrente, dentre elas aquelas adquiridas pela Inbev S.A. em razão da OPA e que lhe foram alienadas, como reconhecido pela fiscalização nos itens 94 e 100 do TVF.

Com isto, efetivamente concretizou-se o declarado propósito de concentração do investimento na Inbev Holding Brasil.

Finalmente, nem se diga como sustentou a fiscalização nos itens 74/76, 80/81 e 86 do TVF que a amortização em questão não seria possível porque de qualquer modo não existiria impedimento algum a que a realização da OPA se desse por empresa estrangeira, tendo sua realização ocorrido no Brasil por razões exclusivamente fiscais, o que não se poderia aceitar.

Com efeito, a pergunta a ser feita não é saber se existia algum impedimento à liquidação da OPA por empresa estrangeira, com o que não surgiria ágio no Brasil. A pergunta é exatamente a inversa, ou seja: dada a obrigatoriedade de realização da OPA, da qual fatalmente decorreria o pagamento de um preço pelas ações da AmBev superior ao valor patrimonial, havia algum impedimento a que esta aquisição fosse feita por uma empresa brasileira?

II.3.2 – ESPECIFICAMENTE NO QUE DIZ RESPEITO AO ÁGIO DECORRENTE DA CONTRIBUIÇÃO DE CAPITAL PELA IIBV

II.3.2.1 – DO CUSTO DE AQUISIÇÃO DAS AÇÕES DA AMBEV PELA IIBV

II.3.2.1.1 - IRRELEVÂNCIA DO ÁGIO RECONHECIDO NA LABATT DINAMARQUESA

A esse respeito, cumpre logo de início demonstrar que, ao contrário do afirmado, o ágio de R\$16 bilhões referido não teve qualquer influência na fixação do preço de aquisição das ações da AmBev pela IIBV e da Labatt Holdco pela AmBev.

Com efeito, este preço foi fixado a partir de Laudos de três empresas independentes (Citigroup, APSIS e JP Morgan) que avaliaram a Labatt Holdco e a AmBev com base no valor de mercado dessas empresas. A AmBev e a IIBV, partes não relacionadas envolvidas no negócio, acordaram adotar o menor valor obtido nas avaliações – CAD 6.4 bilhões equivalente a R\$14 bilhões. Vale salientar que, como se verifica claramente de parecer

do Banco Central do Brasil (doc. 11.2 da impugnação), o laudo do Citigroup foi realizado em 31/12/2003 e do JP Morgan em 25/02/2004, bem antes portanto da referida escrituração do ágio pela Labatt APS.

Assim, se a Labatt APS, tomando conhecimento dessas avaliações, decidiu reavaliar seus ativos e registrar um ágio de R\$16 bilhões, a AmBev nada poderia fazer para estimular ou impedir tal procedimento, porque trata-se de decisão interna da sociedade dinamarquesa, na qual a AmBev não podia se imiscuir por ser pessoa estranha à empresa e ao grupo.

Nesse ponto, cabe salientar que “data maxima venia” não procede a afirmação da r. decisão recorrida no sentido de que, “verbis”:

Embora a Impugnante afirme que não teria tido controle algum na formação desse ágio de R\$16 bilhões, uma vez que seria resultado de transação entre empresas do grupo Interbrew, as mencionadas notas explicativas da Mergeco fornecem informação de que a fiscalizada influenciou na negociação, consoante excerto de fls. 2128:

A Labatt concluiu uma série de transações em maio de 2004, relativas à Transação de Incorporação. Em decorrência dessas transações, as operações da Labatt consistem basicamente, na data do balanço, na produção de cervejas no mercado canadense ("Labatt Canada"). Em 24 de junho de 2004, a Interbrew International B.V. ("IIBV"), uma subsidiária integral da Interbrew, transferiu sua participação acionária de 100% da Labatt Holding ApS ("LHA") à Companhia em pagamento das 1.000.000.000 de ações ordinárias da Companhia. O valor atribuído ao investimento da Companhia na LHA e às ações ordinárias emitidas como pagamento é de R\$14.791.040 (Cdn. \$6,4 bilhões) representando o valor justo da participação acionária de 100% da LHA, conforme negociado entre a Interbrew e a AmBev. O excedente do pagamento da compra em relação ao valor contábil dos ativos líquidos da Labatt de R\$2.081.080 (Cdn. \$900,5 milhões) foi contabilizado como ágio no montante de R\$16.872.122. Em 24 de junho de 2004, a alocação deste ágio apurado entre o excedente do valor justo do imobilizado e o ágio atribuível à futura rentabilidade esperada não foi concluída. Essa alocação será concluída pela AmBev após a conclusão da Transação de associação.

O documento demonstra que o ágio foi consensualmente fixado entre o grupo Interbrew e a AmBev e que ele seria alocado posteriormente pela própria fiscalizada, evidenciando, ainda, sua participação ativa no processo de fixação do valor de transação envolvendo a Mergeco, IIBV e a Labatt ApS, não obstante ter negado sua influência na negociação.” (fls. 12640/12641)

Com a devida vênia, o único fato que “o documento demonstra” é que a AmBev concorreu para a fixação do preço pago pela Labatt com base em avaliações a mercado, como ocorre em toda e qualquer negociação que envolva comprador e vendedor independentes, em que o valor pago é fruto de livre acordo entre as partes, ficando claro, por

outro lado, que, como afirmou a Recorrente, o registro do ágio de R\$ 16 bilhões foi anterior a qualquer ato da AmBev, que só teve lugar, como diz o documento, “após a conclusão da Transação de associação”.

Também não é correto dizer que o custo de aquisição das ações da AmBev para a IIBV foi influenciado pelo registro desse ágio, porque o que ocorreu na verdade foi exatamente o contrário, as avaliações a mercado para apuração do valor das empresas envolvidas e fixação do preço da operação é que influenciaram o registro desse ágio, mas isso de qualquer modo é absolutamente irrelevante para o caso concreto, porque aquele ágio em nada interferiu no custo de aquisição das ações da AmBev registrado pela IIBV, que é aquele pelo qual o investimento foi registrado junto ao Banco Central do Brasil.

Tanto isso é verdade que se aquele ágio não houvesse sido registrado pela Labatt Aps o preço das participações societárias comercializadas e o valor dos investimentos teria sido exatamente o mesmo. Esses valores também seriam os mesmos se a Labatt Aps houvesse registrado um ágio de 40 ou 50 bilhões.

Não bastasse isso, a AmBev, como parte não relacionada, não tinha nenhum interesse no registro deste ágio, portanto, jamais iria influenciar no seu registro, tanto que o próprio fiscal autuante reconhece que em razão do registro deste ágio a AmBev, embora tenha pago o preço de CAD 6.4 bilhões pela participação na Labatt Aps, não pode registrar ágio algum decorrente dessa operação, “*verbis*”: (...)

Ou seja, a AmBev foi prejudicada com o registro desse ágio, pois, ao contrário do que afirma a fiscalização, o registro do ágio de R\$ 16 bilhões pela empresa estrangeira anulou o ágio que a AmBev registraria quando incorporou a Labatt Hodco (BAH), ágio este que a AmBev poderia amortizar integralmente se e quando incorporasse a empresa dinamarquesa.

Por outro lado, conforme constou expressamente do item 56 do TVF, em razão daquele ágio registrado na Labatt ApS quando esta empresa se tornou subsidiária integral da AmBev em razão da incorporação da Labatt Holding Bahamas “O valor total contabilizado pela Ambev (R\$ 14.441.024.000,00) nas duas contas do PL (capital social e reserva de capital) equivale, em reais, ao PL da sociedade incorporada, avaliado por 6,4 bilhões de dólares canadenses.”

Com isso, resta evidente que aquele ágio registrado no exterior não teve reflexo algum no ágio registrado no Brasil, uma vez que este se deu em momento posterior e com base em referenciais distintos, sendo certo que o valor de mercado pago pela aquisição da Labatt já havia se incorporado ao patrimônio líquido da AmBev.

Verifica-se assim, que está completamente equivocada a fiscalização quanto à suposta repercussão do ágio de R\$16 bilhões sobre o ágio de R\$7.159.056.473,94 que vem sendo amortizado pela AmBev, porque, como já dito, NÃO TIVESSE AQUELE ÁGIO SIDO REGISTRADO NA SOCIEDADE DINAMARQUESA, O ÁGIO AMORTIZADO NA AMBEV SERIA EXATAMENTE DO MESMO VALOR PORQUE APURADO PELO CONFRONTO DO CUSTO DE AQUISIÇÃO DAS AÇÕES DA AMBEV PELA IIBV APURADO A VALOR DE MERCADO E REGISTRADO JUNTO AO BANCO CENTRAL (QUE NÃO MUDARIA SE O ÁGIO INEXISTISSE) E O VALOR DE PL DA PRÓPRIA AMBEV AO QUAL JÁ FORA INCORPORADO O VALOR DA LABATT.

II.3.2.1.2 – QUANTO AO VALOR DA LABATT: DA SUBMISSÃO DA OPERAÇÃO À CVM E AO BACEN

Quanto ao valor em si atribuído à Labatt, cumpre ressaltar que a operação em questão - incorporação da Labatt Hodco (BAH) pela AmBev com emissão e entrega de ações desta para a IIBV tudo no valor de CAD \$ 6,4 milhões, equivalentes a R\$ 14.441.024,000,00 – foi previamente submetida ao Banco Central do Brasil – BACEN que analisou as operações sob todos os aspectos legais, econômicos e técnicos a partir dos seguintes documentos: atos societários relativos à incorporação, laudos de avaliação da empresa incorporada e da incorporadora, demonstrações financeiras das empresas envolvidas na reorganização societária, lançamentos contábeis relativos ao aumento de capital na incorporadora, alteração contratual/estatutária da empresa incorporadora, pareceres de outros órgãos, quando o caso, composição patrimonial da empresa incorporada e outros.

Foram emitidos pareceres favoráveis à realização da operação e do registro dos investimentos BACEN, a saber: Pareceres 2004/00172/DEJUR/PRPIN, de 03/05/2004, DECEC/GTSPI/CODIN-2004/0279, de 05/07/2004, com anexos e minutas; DECEC/DIOPE/SUINV-2004/058, de 15/07/2004, tendo a operação sido aprovada pelas áreas jurídica e técnica do BACEN (docs. 11.1 a 11.4 da impugnação).

Durante o processo a área técnica do BACEN solicitou esclarecimentos quanto ao valor de avaliação das empresas incorporada e incorporadora que foram prestados à exaustão por três empresas avaliadoras – Citigroup Global Markets, JP Morgan e APSIS Consultoria, e ao final aprovou a operação que deu origem a registros no BACEN de investimento no exterior pela AmBev e investimento no País pela IIBV de valor idêntico – CAD\$6.4 bilhões - formalizados mediante contratos de câmbio simultâneos e **do mesmo valor** (doc. 12 da impugnação).

Não bastasse isso, também a CVM afastou a alegação de que teria sido pago um preço supostamente excessivo pela Labatt em detrimento dos acionistas minoritários da Recorrente, pois durante o julgamento do Processo CVM RJ nº 2004/2530, instaurado a partir de Reclamação da Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil – PREVI, o Laudo de avaliação da Labatt foi examinado tendo a CVM concluído que não havia irregularidade na avaliação apresentada (doc. 03 da impugnação), confirmando, assim, a informação da AmBev na resposta ao Termo nº 8 de que o valor pago representava o valor justo da participação acionária adquirida.

II.3.2.2 - A CONFERÊNCIA DE AÇÕES REALIZADA É PERFEITAMENTE LEGÍTIMA E ERA A FORMA DE VIABILIZAR A AMORTIZAÇÃO DE UM ÁGIO DECORRENTE DE PREÇO EFETIVAMENTE PAGO ENTRE PARTES NÃO RELACIONADAS NA AQUISIÇÃO DE INVESTIMENTO

Com efeito, como demonstrado acima o custo de aquisição das ações da AmBev adquiridas pela IIBV quando transferiu àquela o controle da Labatt correspondeu a preço efetivamente pago entre empresas não relacionadas, o que faz com que tenham sido preenchidos os critérios usualmente aceitos pela jurisprudência administrativa para reconhecer ao contribuinte o direito à amortização do ágio na forma prevista pelo artigo 7º, inciso III da Lei nº 9.532/97, a saber: (i) que haja o efetivo pagamento do custo total de aquisição, inclusive o ágio, de modo a que de fato exista uma real despesa a ser deduzida da base de cálculo dos tributos devidos; (ii) que a realização das operações originais se dê entre partes não ligadas, de modo a descaracterizar a prática daquilo que a Doutrina e a Jurisprudência denominam “ágio

interno”, situação na qual em razão da prévia e originária relação entre as partes o valor atribuído à participação acionária adquirida no mais das vezes não terá efeito algum no estabelecimento da relação de troca, inexistindo portanto verdadeiro “preço”; e (iii) a lisura na avaliação da empresa adquirida bem como a expectativa de rentabilidade financeira, o que igualmente se comprovou e de todo modo no caso concreto em momento algum foi questionado pela fiscalização.

Por outro lado, não bastasse o fato de jamais ter sido questionado pela fiscalização o fundamento econômico do ágio ou o laudo apresentado, certo é que com a integralização de capital da Inbev Brasil Holdings pela IIBV mediante conferência das ações que esta detinha na Ambev o que ocorreu foi o surgimento de um ágio novo, resultado do desdobramento obrigatório na Inbev Holdings Brasil do investimento então adquirido na Ambev entre valor de patrimônio líquido e ágio.

E é exatamente por este motivo que a escrituração deste ágio foi suportada por laudo que atesta o fundamento econômico do ágio, realizado pela Ernst & Young especificamente “com o objetivo de avaliar as ações da Ambev que serão contribuídas pela Interbrew International BV (“IIBV”) para o capital da Inbev Holding Brasil S.A. (“Inbev Brasil”)” (fls. 1560 dos autos do processo administrativo nº 16561.720087/2011-81 – doc. 10 da impugnação), avaliação esta feita com base no método do fluxo de caixa descontado (fls. 1571 dos referidos autos – doc. 10 da impugnação).

Nesse contexto, o que se verifica é que tendo a IIBV na operação ora analisada subscrito ações da AmBev mediante preço (incorporação da Labatt Holdco) efetivamente pago a parte não relacionada por valor superior ao seu valor patrimonial, preenchendo-se, assim, as condições legais para a fruição do benefício fiscal previsto no artigo 7º, inciso III da Lei nº 9.532/97, é mais do que natural que aquele investidor estrangeiro busque aproveitar o benefício fiscal expressamente concedido em lei exatamente para essas situações, especialmente se levarmos em conta que a regra que concedeu o benefício se trata de uma norma indutora de comportamento, destinada a criar “mecanismos que estimulam a atividade produtora e viabilizam operações entre empresas nacionais e do exterior”, como expressamente constou da exposição de motivos da Medida Provisória nº 1.602/97 que deu origem à Lei nº 9.532/97.

Ora, não pode o Poder Executivo inicialmente (na Medida Provisória nº 1.602/97) induzir o contribuinte a adotar determinada conduta para depois (no presente lançamento) puni-lo por ter feito justamente o que ele induziu, sob pena, quando menos, de grave incoerência, que no caso concreto parece única e exclusivamente decorrer do fato de que os ilustres fiscais autuantes não enxergam no artigo 7º, inciso III da Lei nº 9.532/97 uma norma indutora de conduta que para atingir seus fins instituiu um incentivo fiscal, mas de forma míope e dissociada da intenção do legislador parecem vislumbrar na norma uma regra maldita cuja existência só se presta a permitir que contribuintes mal intencionados locupletem-se à custa do erário.

Além disso, tendo sido a aquisição realizada diretamente por empresa estrangeira, fazia todo o sentido que este investimento fosse aportado a uma empresa brasileira, para que pudesse ser fruído aquele benefício que visava justamente estimular associação entre estrangeiros e brasileiros e poderia sem qualquer dúvida ser aproveitado por qualquer empresa brasileira.

II.4 – DA MOTIVAÇÃO EXTRA-FISCAL PARA AMBAS OPERAÇÕES RESULTANTE DA ANÁLISE CONJUNTA DA “ESCALA” E DO “PASSEIO”: AUMENTO DE PARTICIPAÇÃO TOTAL DA INBEV E CONCENTRAÇÃO DO INVESTIMENTO NA IIBV

Defende a existência de motivos extra-fiscais para a realização dos negócios como foram feitos.

II.4.1 – DA EXPLICAÇÃO QUANTO À FORMA COMO FORAM ALCANÇADOS OS OBJETIVOS PRETENDIDOS

II.4.2 - DO RESULTADO ALCANÇADO

II.5 – CSL – TRIBUTAÇÃO REFLEXA QUANTO AO ÁGIO – IMPOSSIBILIDADE POR FALTA DE PREVISÃO LEGAL

II.5.1 – O ARTIGO 13 INCISO III DA LEI Nº 9.249/95

II.5.2 – O ARTIGO 57 DA LEI Nº 8.981/95

II.5.3 – A INAPLICABILIDADE À CSL ANTES DA LEI Nº 12.973/14 DA REGRA DO ARTIGO 25 DO DECRETO-LEI Nº 1.598/77 QUE DETERMINA A ADIÇÃO DA DESPESA DE ÁGIO ESPECIFICAMENTE PARA EFEITO DE APURAÇÃO DO LUCRO REAL (IRPJ)

III – QUANTO À MULTA EXIGIDA ISOLADAMENTE

Defende que a multa isolada não pode ser cobrada concomitantemente à multa de ofício.

IV – NÃO CABIMENTO DE JUROS DE MORA SOBRE A MULTA DE OFÍCIO

Requer a total insubsistência dos autos de infração.

A Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) apresentou suas contrarrazões, destacando pontos do acórdão proferido pela 3ª Turma Ordinária da 1ª Câmara desta Seção no Processo 16561.720087/2011-81, que trata da amortização do mesmo ágio nos anos de 2005 a 2010 e, também, do Termo de Verificação Fiscal.

Defende a manutenção integral do auto de infração, com o restabelecimento da multa de ofício qualificada.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Relator Carlos Cesar Candal Moreira Filho - Relator

A ciência da decisão de primeira instância se deu em 22 de março de 2017 e o Recurso Voluntário foi apresentado em 20 de abril do mesmo ano, dentro do prazo legal. O Patrono da causa está devidamente identificado e autorizado.

O Recurso de Ofício excede ao valor estabelecido como limite de alçada e foi regularmente interposto.

Assim, conheço do Recurso de Ofício e do Recurso Voluntário.

Em julgamento lançamento de IRPJ e CSLL, principal e multa isolada por insuficiência de recolhimento de estimativas, cumulado com multa qualificada, esta última reduzida a 75% no julgamento de primeira instância e objeto do Recurso de Ofício.

O crédito tributário diz respeito à amortização de ágio decorrente de reorganização societária desenvolvida no bojo da operação de aquisição de controle acionário da AMBEV, brasileira, pela Interbrew, belga.

O ágio amortizado teve origem em duas operações e ambos foram criados na Imbev Holding Brasil, antiga Tinsel Participações Ltda.: a) Oferta Pública de Aquisição de Ações da AMBEV (OPA), determinada pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM) à Imbev S/A (Bélgica) nova denominação de Interbrew S/A. e que gerou um ágio de 1,497 bilhão de reais; b) integralização de capital da Imbev Holding Brasil pela Interbrew Internacional B. V., holandesa, com as ações adquiridas da AMBEV (incorporação da LABATT), gerando um ágio de 7,159 bilhões de reais.

A AMBEV incorpora a Imbev Holding Brasil e passa a amortizar os dois ágios com fundamento nos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997.

PRELIMINAR

Decadência do lançamento em razão da impossibilidade de questionamento de meros efeitos decorrentes de fatos consumados no passado.

A Recorrente defende a contagem do prazo decadencial a partir de 2005 pelo simples fato de que foi naquele ano que ocorreu a contabilização do ágio, sendo as amortizações realizadas nos anos subsequentes mera consequência do mesmo evento.

O instituto da decadência é assim normatizado:

Código Tributário Nacional

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

É condição para a constituição do crédito tributário a existência de obrigação tributária, que surge com o fato gerador do tributo. Assim, o que torna a constituição do crédito

tributário possível não é o registro do ágio, mas a influência que este exercerá no lucro real por ocasião de sua amortização.

Não se pode falar em decadência sem que tenha ocorrido o fato gerador do tributo. À cada amortização considerada imprópria do ágio inicial, constituído em 2005, corresponde um suposto fato gerador, uma vez que a despesa influencia negativamente a tributação.

Este CARF tem decidido pela não ocorrência da decadência pretendida, pelos motivos expostos, na quase totalidade das vezes em que foi instado a se manifestar, sendo uníssono o entendimento, como se vê dos acórdãos abaixo colacionados:

DECADÊNCIA. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. CONTAGEM A PARTIR DA DEDUÇÃO.

É legítimo o exame de fatos ocorridos há mais de cinco anos do procedimento fiscal, para deles extrair a repercussão tributária em períodos ainda não atingidos pela caducidade. A restrição decadencial diz respeito à impossibilidade de lançamento de crédito tributário no período em que ocorreu o fato gerador (RECURSO ESPECIAL DO CONTRIBUINTE. Acórdão nº 9101-003.059, sessão de 12/09/2017).

DECADÊNCIA. CONTAGEM DO PRAZO. REORGANIZAÇÃO SOCIETÁRIA. AFASTAMENTO.

O prazo decadencial só se inicia após a ocorrência do fato gerador, sendo irrelevante a data da contabilização de fatos passados que possam ter repercussão futura. Deste modo, o prazo decadencial será pautado ou pela disposição do artigo 173, inciso I, do CTN ou do artigo 150, § 4º do mesmo diploma, porém, nunca pelo momento da reorganização societária, que não representa reflexo fiscal algum, num primeiro momento (RECURSO VOLUNTARIO. Acórdão nº 1402002.489, sessão de 16/05/2017)

DECADÊNCIA. FORMAÇÃO DE ÁGIO EM PERÍODOS ANTERIORES AO DA OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR. INOCORRÊNCIA. Somente pode se falar em contagem do prazo decadencial após a data de ocorrência dos fatos geradores, não importando a data contabilização de fatos passados que possam ter repercussão futura.

O art. 113, § 1º, do CTN aduz que “A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador” e o papel de Fisco de efetuar o lançamento, nos termos do art. 142 do Estatuto Processual, nada mais é do que o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente.

Não é papel do Fisco auditar as demonstrações contábeis dos contribuintes a fim de averiguar sua correição à luz dos princípios e normas que norteiam as ciências contábeis. A preocupação do Fisco deve ser sempre o reflexo tributário de

determinados fatos, os quais, em inúmeras ocasiões, advêm dos registros contábeis.

Ressaltese o § 4º do art. 9º do Decreto nº 70.235, de 1972, prevê que seja efetuado o lançamento “também nas hipóteses em que, constatada infração à legislação tributária, dela não resulte exigência de crédito tributário.

O prazo decadencial somente tem início após a ocorrência do fato gerador (art. 150, § 4º, do CTN), ou após o primeiro dia do exercício seguinte ao que o lançamento poderia ter sido efetuado nas hipóteses do art. 173, I, do CTN (RECURSO VOLUNTÁRIO, acórdão nº 1301002.562, sessão de 15/08/2017).

DECADÊNCIA ÁGIO PRAZO QUE SE INICIA DO FATO GERADOR E NÃO DOS ATOS QUE CONTRIBUÍRAM PARA A SUA OCORRÊNCIA A jurisprudência deste Conselho é uníssona a afirmar que a decadência ocorre quanto ao fatosigno presuntivo de riqueza, ensejador da obrigação tributária, e não dos atos/fatos pretéritos, de efeitos prospectivos, que apenas contribuem para a materialização da hipótese de incidência.(RECURSO VOLUNTÁRIO, acórdão 1302002.630, sessão de 14 de março de 2018).

Entendo, portando, pelo rejeição da preliminar de decadência apresentada pela Recorrente.

CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE A AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO

Temos que, antes de adotarmos posição em relação às despesas de ágio, buscar as condições da lei para a aquisição de direito à sua amortização, uma vez que são, normalmente, despesas indedutíveis. O teor dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, é o seguinte:

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

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

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

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

à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração;

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

O fundamento para a amortização do ágio, no caso, é o inciso III do artigo 7º, uma vez que o ágio por expectativa de rentabilidade futura, combinado com a alínea "b" do artigo 8º, acima transcritos.

A Recorrente afirma que a lei veio para estimular os negócios entre empresas estrangeiras e nacionais, contudo a afirmação não tem respaldo, tampouco a de que se trata de um benefício fiscal.

O item 11 da exposição de motivos nº 644/MF, relativo à Medida Provisória nº 1.602, de 1997, posteriormente convertida na Lei nº 9.532, de 1997, assim trata do artigo 8º, convertido nos artigos 7º e 8º na Lei:

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

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

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

A norma autorizadora da amortização do ágio, nas condições que especifica, veio para evitar os supostos planejamentos tributários, quando, nas palavras da Recorrente, "pessoas jurídicas compravam empresas deficitárias com o único e exclusivo fim de serem por ela 'incorporadas' para usufruírem de economia tributária.

Quanto à natureza, há doutrinadores que entendem ser um incentivo fiscal, tendo em conta a onda de privatizações de empresas públicas empreendidas à época, havendo outros, contudo, que entendem tratar-se de restrição à amortização desenfreada de qualquer tipo de ágio.

Luís Eduardo Schoueri em sua obra *Ágio em Reorganizações Societárias (Aspectos Tributários)* informa o entendimento, ao qual me filio, de obstáculo à utilização fiscal irrestrita da despesa, e explica a ideia que subjaz à autorização legal de amortização, que só passa a ser amortizável quando, no caso, com a incorporação, passam a coexistir na mesma pessoa jurídica o ágio pago na aquisição e as receitas decorrentes do investimento. Assim, como decorrência da dedução das despesas realizadas para a obtenção da receita (antes não-tributada em função do MEP) o ágio passa a ser dedutível.

Aqui destacamos o primeiro elemento, necessário à subsunção do fato a norma: a confusão patrimonial entre a investidora e o investida.

Podemos afirmar sem receio, que o ágio deve ser tratado como uma despesa à luz do artigo 299 do RIR/99: necessária quando, pela concepção de renda, deve ser considerada em função da receita correspondente (quando há a referida confusão patrimonial); e, desnecessária para as finalidades da empresa, quando não.

Outros elementos são colocados em evidência pela contabilidade e, também, pela Comissão de Valores Mobiliários no que concerne ao ágio.

Senão vejamos o que diz o OFÍCIO-CIRCULAR/CVM/SNC/SEP nº 01/2007:

Rio de Janeiro, 14 de fevereiro de 2007

Aos Senhores

Diretores de Relações com Investidores e Auditores Independentes

ASSUNTO: Orientação sobre Normas Contábeis pelas Companhias Abertas

(...)

20.1.7 “Ágio” gerado em operações internas

A CVM tem observado que determinadas operações de reestruturação societária de grupos econômicos (incorporação de empresas ou incorporação de ações) resultam na geração artificial de “ágio”.

Uma das formas que essas operações vêm sendo realizadas, inicia-se com a avaliação econômica dos investimentos em controladas ou coligadas e, ato contínuo, utilizar-se do resultado constante do laudo oriundo desse processo como referência para subscrever o capital numa nova empresa. Essas operações podem, ainda, serem seguidas de uma incorporação.

Outra forma observada de realizar tal operação é a incorporação de ações a valor de mercado de empresa pertencente ao mesmo grupo econômico.

*Em nosso entendimento, ainda que essas operações atendam integralmente os requisitos societários, do ponto de vista econômico-contábil é preciso esclarecer que o ágio surge, **única e exclusivamente**, quando o **preço (custo) pago** pela aquisição ou subscrição de um investimento a ser avaliado pelo método da equivalência patrimonial, supera o valor patrimonial desse investimento. E mais, preço ou custo de aquisição somente surge quando há o dispêndio para se obter algo de terceiros. Assim, não há, do ponto de vista econômico, geração de riqueza decorrente de transação consigo mesmo. Qualquer argumento que não se fundamente nessas assertivas econômicas configura sofisma formal e, portanto, inadmissível.*

Não é concebível, econômica e contabilmente, o reconhecimento de acréscimo de riqueza em decorrência de uma transação dos

acionistas com eles próprios. Ainda que, do ponto de vista formal, os atos societários tenham atendido à legislação aplicável (não se questiona aqui esse aspecto), do ponto de vista econômico, o registro de ágio, em transações como essas, somente seria concebível se realizada entre partes independentes, conhecedoras do negócio, livres de pressões ou outros interesses que não a essência da transação, condições essas denominadas na literatura internacional como “arm’s length”.

Portanto, é nosso entendimento que essas transações não se revestem de substância econômica e da indispensável independência entre as partes, para que seja passível de registro, mensuração e evidenciação pela contabilidade.

Já o PRONUNCIAMENTO TÉCNICO CPC 04 (R1), do COMITÊ DE PRONUNCIAMENTOS CONTÁBEIS, informa o seguinte:

Ágio derivado da expectativa de rentabilidade futura (goodwill) gerado internamente

48. O ágio derivado da expectativa de rentabilidade futura (goodwill) gerado internamente não deve ser reconhecido como ativo.

49. Em alguns casos incorre-se em gastos para gerar benefícios econômicos futuros, mas que não resultam na criação de ativo intangível que se enquadre nos critérios de reconhecimento estabelecidos no presente Pronunciamento. Esses gastos costumam ser descritos como contribuições para o ágio derivado da expectativa de rentabilidade futura (goodwill) gerado internamente, o qual não é reconhecido como ativo porque não é um recurso identificável (ou seja, não é separável nem advém de direitos contratuais ou outros direitos legais) controlado pela entidade que pode ser mensurado com confiabilidade ao custo.

Como se vê, nem a Comissão de Valores Mobiliários, nem o Comitê de Pronunciamentos Contábeis, reconhece o ágio gerado internamente em grupos econômicos, pois não é possível reconhecer uma mais-valia de um investimento quando originado de transação dos sócios com eles mesmos, haja vista a ausência de substância econômica na operação e de não resultar de um processo imparcial de valoração, num ambiente de livre mercado e de independência entre as duas companhias.

E a CVM já em 2001 com a alteração na Instrução CVM 319 introduzida pela Instrução CVM nº 349, protegeu o acionista minoritário das companhias abertas da redução do lucro a ser distribuído em função da amortização de ágio interno, criando uma provisão, obrigatória, de, no mínimo, a diferença entre o valor do ágio e o benefício fiscal decorrente de sua amortização.

Assim, quando falamos em subsunção aos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, estamos falando em operação de real aquisição de investimento com ágio, realizada em condições de mercado e livre concorrência, com efetivo desembolso de valores, movimentação financeira, na aquisição do investimento, além da necessária confusão patrimonial entre o real investidor e a investida.

A Recorrente alega, sobre os dois ágios, que:

i) houve, nos dois ágios glosados, o efetivo pagamento do custo de aquisição, inclusive do ágio, tanto em dinheiro quanto em participações societárias, o que jamais foi questionado pela fiscalização nem pela r. decisão recorrida;

ii) a operação original se deu entre o Grupo Ambev, brasileiro, e o Grupo Interbrew, belga, partes originalmente não relacionadas, o que foi expressamente reconhecido pela fiscalização e não foi negado pela r. decisão recorrida;

iii) não só os laudos de avaliação não sofreram qualquer questionamento específico por parte da fiscalização nem da r. decisão recorrida, como também a expectativa de rentabilidade futura existente em 2004 e 2005 confirmou-se nesses anos que transcorreram desde a operação, transformando-se em rentabilidade efetivamente auferida. (grifos do original)

Sobre a primeira alegação não há dúvidas que o valor das ações adquiridas na oferta pública, pelos que optaram pela venda, foi paga, em dinheiro e que houve a conferência das ações da AMBEV na Imbev Holding Brasil na geração do 2º ágio.

Sobre a afirmação de que, originalmente, os grupos AMBEV (brasileiro) e Interbrew (belga) não eram relacionados também não há discussão, todavia há que se destacar que os fatos relativos à geração dos dois ágios ocorreram já entre partes relacionadas, uma vez que capitaneadas pela IMBEV S/A, belga, já sob o controle dos dois grupos em igualdade de condições, por conta de acordo de acionistas (STCHTING). Assim, embora haja concordância que **originalmente** eram grupos distintos, não se pode afirmar que, quando da geração do ágio, havia condições de livre concorrência ou de mercado, pois o interesse já não era conflitante, as decisões já eram convergentes, os dois grupos já eram um só.

Quanto aos laudos, nenhum questionamento foi apresentado.

Passemos, então, a análise dos ágios gerados nas operações relativas à aquisição do controle da AMBEV pela Interbrew.

ÁGIO DECORRENTE DA OPA

A alienação, direta ou indireta, de controle de companhia aberta é condicionada à oferta pública de aquisição, por parte do adquirente, das ações com direito a voto pertencentes aos demais acionistas da companhia por valor de, no mínimo, 80% do valor pago por ação com direito a voto do anterior bloco de controle (artigo 254-A da Lei nº 6.404, de 1976).

Assim, a CVM determinou que a IMBEV SA (Bélgica) realizasse a OPA, o que foi feito conforme documento de folhas 2212/2233. O controle da AMBEV é indireto, por meio das empresas Interbrew Internacional B. V. (IIBV, Holanda) e IMBEV Holding Brasil, ambas suas subsidiárias integrais.

Deste documento extraímos:

OFERTA PÚBLICA PARA AQUISIÇÃO DE AÇÕES ORDINÁRIAS DE EMISSÃO DA**COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMÉRICAS – AMBEV**

Companhia Aberta

CNPJ Nº 028.808.708/0001-7

Código ISIN BRAMBVACNOR4

POR ORDEM E CONTA DA

INBEV SA/NV

Sociedade de Capital Aberto e Responsabilidade Limitada

(Ofertante)

O Banco Itaú BBA S.A (“Instituição Intermediária”), por ordem e conta da InBev SA/NV (“InBev” ou “Ofertante”, anteriormente denominada Interbrew SA/NV), sociedade de capital aberto e responsabilidade limitada devidamente constituída e existente de acordo com as leis da Bélgica, vem pela presente submeter aos acionistas ordinários da COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMÉRICAS – AMBEV (“AmBev”) oferta pública (“Oferta”) para a aquisição de ações ordinárias da AmBev (“Ações Ordinárias”), conforme os procedimentos definidos pela Instrução de nº 361/02 da Comissão de Valores Mobiliários (“CVM”), nos seguintes termos e condições:

1. A OFERTA.

1.1. Base Legal: A Oferta está sendo realizada em virtude da alienação indireta do controle da AmBev pela antiga controladora indireta BRC SàRL (“Antigo Controlador”) à InBev (“Transferência de Controle”), conforme estabelecido pelo artigo 254-A da Lei nº 6.404/76, regulado pela Instrução CVM nº 361/02. A notícia da Transferência de Controle e os termos desta Oferta foram comunicados a todos os acionistas da AmBev por meio de Fatos Relevantes publicados nos dias 31 de agosto de 2004, 02 de setembro de 2004 e 13 de outubro de 2004.

No item 1.4.2 registramos a seguinte passagem:

1.4.2. Opção de Pagamento em Dinheiro:

(...)

(ii) O pagamento da Opção de Pagamento em Dinheiro será efetuado pela subsidiária brasileira da InBev, Inbev Holding Brasil S.A. (“InBev Brasil”), companhia com sede na Cidade de São Paulo, Estado de São Paulo, na Av. Brigadeiro Faria Lima, nº 3.729, 7º andar, registrada no CNPJ/MF sob nº 97.363.642/0001-97.

Ao que se vê, a aquisição compulsória de ações com direito a voto é feita pela empresa belga (IMBEV S/A) e o pagamento é feito pela empresa brasileira, IMBEV Holding Brasil (antiga Tinsel Participações), sua controlada.

Com base nessas informações, a fiscalização, o órgão julgador de primeira instância e a PGFN entendem que o ágio foi suportado pela empresa belga, não podendo ser transferido para a empresa brasileira simplesmente porque esta foi responsável pelo pagamento, uma intermediária. O ágio deveria ser registrado na Bélgica e sua transferência para a empresa brasileira não se subsume aos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997.

De seu lado, a Recorrente inverte a questão, indagando qual a lei que impede que a operação seja realizada por meio de sua subsidiária no Brasil e que o ágio seja aproveitado, enfatizando que este, inclusive, seria o sentido dos citados artigos: incentivar operações entre empresas estrangeiras e brasileiras.

A OPA foi realizada em 29 de março de 2005 e, segundo informa a fiscalização e a contribuinte, pelas ações (1.612.915.545) foi pago o valor de R\$1.976 milhões e registrado um ágio de R\$1.497 milhões, correspondente à diferença entre o preço pago e o valor do percentual de patrimônio líquido da AMBEV adquirido.

Segundo informa a Recorrente, o aporte de recursos na Imbev Holding Brasil para a aquisição das ações teve origem na IIBV (Holanda), por meio de um aumento de capital em dinheiro da empresa brasileira e não na Imbev S/A (Interbrew) como informa a fiscalização.

A Fiscalização assim se manifesta sobre o pagamento realizado pela empresa brasileira:

72. Assim, o ágio contabilizado pela InBev Holding Brasil foi de R\$ 1.497.180.867,16, resultante da diferença entre o pagamento (R\$ 1.975.932.226,20) pela aquisição de 1.612.915.545 ON ações ON da AmBev e o valor patrimonial que elas representavam (2,96% do PL). A contabilização do pagamento pelas ações adquiridas na OPA corrobora o que já fora dito em vários documentos – a InBev Holding Brasil foi uma mera repassadora dos recursos internalizados (via capitalização dos recursos na holding brasileira) pela belga InBev SA/NV para aquisição de ações da AmBev na oferta pública obrigatória.

73. Em resumo, o dinheiro proveniente da sociedade belga entrou e saiu da InBev Holding Brasil no dia 5 de abril de 2005 para aquisição de ações ON da AmBev, deixando como “herança” na holding brasileira um ágio de quase R\$ 1,5 bilhão. Ato contínuo, a holding recém-integralizada é incorporada pela investida, que passa a se beneficiar tributariamente do ágio (conforme art. 386 do RIR).

Isto torna inequívoca a posição de mera intermediária de pagamento a função adotada pela Holding brasileira.

E continua a autoridade administrativa:

79. E, por ter sido incorporada (InBev Holding Brasil) pela sua controlada (AmBev), o conjunto de ações da AmBev pago (em dinheiro) com ágio com recursos externos foi cancelado (pela AmBev) e emitido novo conjunto de ações (pela AmBev), em

igual número e valor, para o sócio belga. Assim, se a InBev SA/NV pagou R\$ 1.975.900.189,20 por 1.612.915.545 de ações da AmBev na OPA, tornando-se a proprietária delas (a despeito de a InBev Holding Brasil possuí-las em nome da belga), nada se modificou – em relação àquele conjunto de ações – após a incorporação da holding brasileira. Com efeito, a belga passou a registrar em seu ativo, menos de 4 meses depois, o mesmo conjunto que detinha (por meio da InBev Holding Brasil) antes da incorporação da holding brasileira. A única diferença entre o antes e o depois foi o ágio de mais de 1,4 bilhão de reais (além de uma bonificação de 20% que os ordinaristas receberam da AmBev (v. parágrafo 103), que por óbvio seria concedida independentemente do país de domicílio do acionista).

Embora tenha sido contraditado pela Recorrente, que afirma que a IMBEV Belga jamais teve interesse em ter participação acionária direta na AMBEV, por questões legais, uma vez que na Bélgica só são isentos 95% dos dividendos recebidos, o fato de as ações terem sido vertidas para a IIBV não muda o quadro de mera passagem das ações pela empresa brasileira, deixando de herança o ágio.

De tudo o que se viu até aqui, pode-se concluir que pelo fato de a Imbev Holding Brasil ter sido responsável pelo pagamento de uma aquisição de ações feita pela Imbev Belga, registrou o ágio em sua contabilidade. Esse mesmo conjunto de ações adquiridas com ágio, após 4 meses, quando da incorporação da Imbev Holding Brasil pela AMBEV, são canceladas e são emitidas ações em nome da Imbev Belga (em verdade para a IIBV Holandesa, o que não altera o quadro), no mesmo valor e quantidade.

A Fiscalização aponta, ainda, que no caso dos minoritários optantes por trocar suas ações, e não vendê-las, as tratativas são efetuadas diretamente com a Imbev Belga, ao que a Recorrente responde que, obviamente, a Imbev Holding Brasil não pode emitir ações em nome da Imbev Belga.

Todavia, isto deixa mais evidente que a real investidora, a real adquirente das ações é a ofertante da OPA, constante da oferta pública acima transcrita. Afinal, foi ela que adquiriu o controle indireto da AMBEV, caso contrário as ações dos minoritários poderiam ser trocadas por ações da Imbev Holding Brasil ou da IIBV Holandesa.

Como bem evidencia a PGFN em suas contrarrazões:

Todavia, para que haja esse encontro, num mesmo patrimônio, do ágio com o investimento que lhe deu origem, é imprescindível que a “mais valia” contabilizada tenha sido efetivamente suportada por alguma das pessoas que participa da “confusão patrimonial” (incorporação, fusão ou cisão). O investidor deve se confundir com o seu investimento.

As evidências demonstram que houve sim a intercalação ardilosa de empresa brasileira para viabilizar o aproveitamento tributário de um ágio que se forma no exterior e que, não fosse essa tentativa, não teria o desfecho desejado pelo grupo econômico.

E aqui cabe o registro de que as operações relativas a este ágio se deram dentro do mesmo grupo, mesmo porque a OPA se deveu à aquisição de controle acionário da AMBEV pela Imbev Belga, esta última controlada pela Stichting, cujas decisões são tomadas

em igualdade de condições pelo grupo de acionistas brasileiros e belgas, por acordo de acionistas assinado anteriormente.

Por todo o exposto, no caso presente, entendo que a confusão patrimonial não ocorreu com a real investidora, motivo pelo qual não há justificativa legal que autorize a amortização do ágio para fins fiscais. A ausência de confusão patrimonial impede a incidência da norma dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, tornando a despesa de ágio desnecessária a atividade fim da Empresa.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso voluntário quanto à amortização do ágio derivado da OPA.

ÁGIO DECORRENTE DA CONFERÊNCIA DE AÇÕES DA AMBEV FEITA PELA IIBV NO CAPITAL DA IMBEV HOLDING BRASIL

Em 30 de maio de 2005, quando da integralização do capital da Imbev Holding Brasil pela IIBV (Holanda), a Imbev S/A era controladora, direta ou indiretamente, da IIBV, da Imbev Holding Brasil e da AMBEV. A operação, portanto, foi realizada dentro do mesmo grupo econômico.

A IIBV detinha 20 bilhões de ações da AMBEV, decorrentes tanto da incorporação da LABATT pela AMBEV quanto da OPA. Em 30 de maio de 2005 é feita a integralização das 20 bilhões de ações, registrando-se um ágio na Imbev Holding Brasil de aproximadamente 7,1 bilhões de reais, para, 57 dias depois, a Imbev Holding Brasil ser incorporada pela AMBEV, e esta cancelar as ações detidas pela IIBV e pela Imbev Brasil e emitir novas ações em igual quantidade subscritas e integralizadas pela IIBV, como descreve a Fiscalização:

95. Cumpre lembrar que as ações da AmBev integralizadas por IIBV no capital da InBev Holding Brasil (30 de maio de 2005) foram canceladas em virtude da incorporação (28 de julho de 2005) da controladora (InBev Holding Brasil) pela sua controlada (AmBev), conforme trecho da ata da AmBev reproduzido no parágrafo 43. Naquela ata, registra-se que o conjunto de ações AmBev detido por IIBV é cancelado (juntamente com o restante das ações AmBev detidas pela InBev Holding Brasil), ao mesmo tempo em que são reemitidas novas ações pela AmBev, em número idêntico à quantidade de ações canceladas, subscritas e integralizadas por IIBV.

Não é por outro motivo que a autoridade administrativa afirma que o conjunto de ações fizeram um "passeio circular", no qual ele sai da IIBV para a Imbev Holding Brasil, constitui nela um ágio de mais de 7 bilhões e, 57 dias depois, retorna à IIBV.

Ante esse quadro, a Recorrente afirma no título II.3.2.2 de seu recurso voluntário, que "A CONFERÊNCIA DE AÇÕES REALIZADA É PERFEITAMENTE LEGÍTIMA E ERA A FORMA DE VIABILIZAR A AMORTIZAÇÃO DE UM ÁGIO DECORRENTE DE PREÇO EFETIVAMENTE PAGO ENTRE PARTES NÃO RELACIONADAS NA AQUISIÇÃO DE INVESTIMENTO.

Aduz, ainda, que o "Poder Executivo não pode inicialmente (na Medida Provisória nº 1.602/97) induzir o contribuinte a adotar determinada conduta para depois (no

presente lançamento) puni-lo por ter feito justamente o que ele induziu, sob pena, pelo menos, de grave incoerência.

Não entendo assim.

Primeiramente a norma não é indutora de nada, visa, sim, reprimir a utilização indevida de reorganizações societárias puramente para burlar a arrecadação federal.

E a afirmação não é minha, mas de doutrinador do jaez de Luís Eduardo Schoueri (Ágio em Reorganizações Societárias (Aspectos Tributários) Dialética: São Paulo, 2012, p. 67) quando trata do posicionamento dos que pensam que a norma é incentivadora do aproveitamento do ágio:

Tal posicionamento não deixa de ser curioso. Afinal, se anteriormente o ágio era deduzido integralmente, a imposição de restrições não poderia ser considerada um incentivo. A exposição de motivos da Medida Provisória no 1.602/1997 deixou hialino esse instituto de restrição da consideração do ágio como despesa dedutível, mediante a instituição de óbices à amortização de qualquer tipo de ágio nas operações de incorporação. Com isso, o legislador visou limitar a dedução do ágio às hipóteses em que forem acarretados efeitos econômico-tributários que o justificassem.

Por outro lado, apesar de a Recorrente ter empreendido esforço hercúleo para imprimir motivação extra-tributária à operação, é nítida a intenção absolutamente preponderante, em obter economia tributária significativa da ordem de 34% sobre o ágio criado (mais de 7 bilhões de reais), montante que alcança os 2,4 bilhões de reais.

Como bem aponta o Termo de Verificação Fiscal, as notas explicativas às demonstrações financeiras da AMBEV para os exercícios findos em 31 de dezembro de 2006 e 2005 deixam isto bem claro:

Em 28 de julho de 2005, em Assembléia Geral Extraordinária, os acionistas da Companhia aprovaram operação de incorporação de sua controladora InBev Brasil, com o objetivo de simplificar a estrutura societária da qual fazem parte a InBev Brasil, a AmBev e suas controladas, propiciando benefícios financeiros para a AmBev, e conseqüentemente, para seus acionistas e para os acionistas da InBev Brasil. Os principais aspectos relacionados à incorporação foram:

a) O ágio originalmente registrado pela InBev Brasil e atribuído à expectativa de resultados futuros da AmBev, no montante total de R\$ 8.510,1, passa a ser, após a Incorporação, fiscalmente amortizado em até dez anos pela AmBev, nos termos da legislação tributária vigente e sem impacto no seu fluxo de dividendos.

b) A InBev Brasil, em atendimento à Instrução CVM nº 349, constituiu provisão, anteriormente à sua incorporação pela AmBev, no montante de R\$ 5.616,7, correspondente à diferença entre o valor do ágio e do benefício fiscal decorrente da sua amortização, de forma que a AmBev incorporou somente o ativo

correspondente ao benefício fiscal decorrente do fato da amortização do ágio a ser dedutível para fins fiscais. A referida provisão vem sendo revertida na mesma proporção em que o ágio é amortizado pela AmBev, não afetando, portanto, o resultado de suas operações.

c) A reserva especial de ágio que foi constituída na AmBev, como resultado dessa incorporação, será, ao término de cada exercício fiscal e na medida em que o benefício fiscal a ser auferido pela AmBev, em decorrência da amortização do ágio, representar uma efetiva diminuição dos tributos por ela pagos, objeto de capitalização na AmBev, em proveito da InBev NV/AS, acionistas da InBev Brasil, sem prejuízo do direito de preferência assegurado aos demais acionistas da AmBev na subscrição do aumento de capital resultante de tal capitalização. Entretanto, os acionistas da InBev Brasil obrigam-se a capitalizar apenas 70% (setenta por cento) do valor da reserva especial de ágio que lhe couber ao término de cada exercício fiscal. O saldo não capitalizado da reserva será, quando possível e observado o interesse da AmBev, utilizado para distribuição aos seus acionistas, a título de dividendos ou juros sobre o capital próprio.

Cabe aqui um parêntese, apenas para registrar que houve, conforme determina a Instrução CVM nº 319, a criação de uma provisão de valor igual à diferença entre o ágio e o valor do benefício fiscal decorrente de sua amortização. A cada amortização do ágio há uma correspondente reversão da provisão que o anula na parcela que não o ganho fiscal.

O destaque é exatamente para demonstrar que o prejuízo só é suportado pela União. Digo isto porque a CVM, ao baixar esta instrução, visou ao não reconhecimento de um ganho sem substância econômica, para não iludir o mercado, e, secundariamente, para proteger os acionistas minoritários que teriam sua distribuição de lucros contábeis reduzida em função de uma despesa inexistente.

É o que se lê na nota explicativa da Instrução CVM 249, que alterou a 319, *in verbis*:

A Instrução CVM nº 319/99, ao prever que a contrapartida do ágio pudesse ser registrada integralmente em conta de reserva especial (art. 6º, § 1º), acabou possibilitando, nos caso de ágio com fundamento econômico baseado em intangíveis ou em perspectiva de rentabilidade futura, o reconhecimento de um acréscimo patrimonial sem a efetiva substância econômica. A criação de uma sociedade com a única finalidade de servir de veículo para transferir, da controladora original para a controlada, o ágio pago na sua aquisição, acabou por distorcer a figura da incorporação em sua dimensão econômica. Esta distorção ocorre em virtude de que, quando concluído o processo de incorporação da empresa veículo, o investimento e, conseqüentemente, o ágio permanecem inalterados na controladora original.

(...)

Algumas companhias, a partir da atuação de seus auditores e com a concordância das áreas técnicas desta Comissão, constituíram uma provisão no valor integral ou parcial do valor do ágio transferido, de forma a reconhecer como ativo e como reserva especial somente o montante relativo ao benefício fiscal. A constituição dessa provisão permitiu, ainda, a essas companhias atenderem plenamente uma outra exigência da Instrução CVM nº 319 que estabelece que os dividendos dos acionistas não controladores não podem ser diminuídos pelo montante do ágio amortizado.

A CVM, com todas as palavras e de forma absolutamente clara, afirma que os ágios criados não têm substância econômica, não devendo alterar situações patrimoniais que não pelo valor do ganho tributário. Assim, além de proteger o mercado, protege os acionistas minoritários de eventuais diminuições do lucro contábil pelo registro de amortizações que não aceitas como verdadeiras.

Mas a CVM toma as atitudes que estão nos limites de sua competência, não cabendo a ela tratar da parte em que o prejuízo é suportado pela União, exatamente o resultado decorrente da amortização fiscal do ágio.

Feito esse parêntese, já os motivos da operação, constantes do Protocolo e Justificação anexo à ata da referida AGE mencionam:

1.1. A Incorporação está inserida em um processo de simplificação da estrutura societária da qual fazem parte a InBev Brasil, a AmBev e suas controladas, que já resultou na incorporação, pela AmBev e pela InBev Brasil, de outras sociedades.

1.2. A Incorporação resultará em benefícios financeiros para a AmBev, e conseqüentemente, para seus acionistas e para os acionistas da InBev Brasil, conforme adiante demonstrado.

1.3. A AmBev continuará a ser uma sociedade dedicada à produção e ao comércio de cervejas, concentrados, refrigerantes e demais bebidas.

Não há como tentar desfazer o entendimento de que a operação visava a economia fiscal, assim como não há como convencer alguém de que havia um motivo comercial extrafiscal que justificasse a operação.

É indubitável que as operações ocorreram dentro do mesmo grupo econômico, com decisões tomadas sem nenhuma independência, objetivando um único interesse, convergente, o de absorver uma despesa criada por uma movimentação desnecessária de ações dentro deste mesmo grupo.

Este tipo de atitude jamais foi induzida pela lei: a criação fictícia de uma circunstância que permita a subsunção à norma. O que a lei aguarda é que situações reais ocorridas no mundo fenomênico a ela se circunscrevam, aí sim permitindo a amortização.

Note-se, é a Contribuinte que afirma que "era a forma de viabilizar a amortização de um ágio decorrente de um preço efetivamente pago". Ora, a amortização do

ágio não há que ser "viabilizada": ou ele nasce de forma a permitir sua real amortização, como decorrência de um negócio efetivamente existente no mundo, ou ele não é amortizável. A Empresa não deve ou pode criar situações fictícias para permitir que a amortização, inicialmente não autorizada, se torne legal por atitudes unilaterais intragrupo.

Vejamos novamente a manifestação da autoridade administrativa:

105. As ações da AmBev detidas por IIBV fizeram tão somente um "passeio" de 59 dias e voltaram à sua origem. O mesmíssimo resultado (tirante o ágio) seria obtido se a AmBev tivesse incorporado a InBev Holding Brasil antes da integralização da IIBV, pois se deve levar em conta que as empresas faziam parte do mesmo grupo e poderiam, portanto, alocar suas ações à sua conveniência (basta lembrar que as ações da AmBev adquiridas diretamente pela InBev SA quando da OPA foram transferidas para a IIBV, que as integralizou na holding brasileira, como explicado no parágrafo 100). Nesse caso, a InBev Holding Brasil, em cujo ativo constavam as participações na AmBev antes detidas pelo grupo SB, teria as suas ações AmBev canceladas e novas ações poderiam ser emitidas à IIBV. A bonificação poderia ter sido igualmente feita, bastando que apenas as novas ações bonificadas fossem emitidas em favor da IIBV.

106. E por que assim não foi feito? A resposta a essa pergunta é a mesma que a resposta às perguntas formuladas no parágrafo 97: exatamente porque, se as ações da AmBev não tivessem "passeado" pelo Brasil, o que estaria reconhecido na estrangeira seria um goodwill que, se existente (conforme discutido no parágrafo 80), além de provavelmente bem menor, não seria aqui amortizado tributariamente. Essa operação ("passeio") foi formalizada com o intuito exclusivamente tributário: a criação de um ágio cuja despesa de amortização geraria uma economia tributária de mais de R\$ 2,4 bilhões (34% do valor do ágio – 25% a título de IRPJ, 9% de CSLL) foi o cerne da operação, haja vista a falta de racional que o "passeio" das ações da IIBV flagrantemente evidencia.

A Recorrente afirma que o custo das ações da AMBEV adquiridas pela IIBV quando transferiu àquela o controle da LABATT correspondeu ao preço efetivamente pago entre empresas não relacionadas, o que faz com que tenham sido preenchidos os critérios usualmente aceitos pela jurisprudência administrativa para reconhecer ao contribuinte o direito à amortização do ágio na forma prevista no artigo 7º, inciso III da Lei nº 9.532, de 1997.

Ora, o que se discute é o desnecessário "passeio" que as ações fizeram na holding brasileira, pois, antes disso, não há que se falar em preenchimento de condições para amortização do ágio, uma vez que ele não seria amortizável. Só passou a sê-lo com o referido passeio (conferência das ações da AMBEV detidas pela IIBV na Imbev Holding Brasil) e a incorporação às avessas da controladora pela controlada, AMBEV. É esta a operação a que se deve atribuir e avaliar as condições legais de amortização e não a anterior, representada pela aquisição da LABATT pela AMBEV, pago com ações da própria AMBEV. Esta última, com ou sem pagamento, dentro ou fora de um grupo econômico, não será amortizável.

Vejamos a precisa observação da PGFN em suas contrarrazões:

No entanto, verifica-se que as operações societárias que supostamente autorizariam a “internalização” desse ágio e sua amortização não apresentam propósito negocial ou substrato econômico próprios.

*Em breves linhas, entende-se por **propósito negocial** 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.*

*O **substrato econômico** de uma operação, por sua vez, é verificado quando ocorre circulação de riquezas entre o alienante e o adquirente do investimento com ágio. É a efetiva transação econômica que materializa o valor ao mesmo tempo pago pelo adquirente e recebido pelo alienante. Usualmente, esse aspecto é analisado em face da participação de terceiros na operação que deu ensejo ao ágio.*

Já falamos sobre o propósito negocial, demonstrando que a única motivação para o "passeio" do conjunto de ações na Imbev Holding Brasil foi a economia tributária.

Agora voltemos a atenção para a existência ou não de pagamento efetivo da mais valia, do ágio. Neste ponto, considerando que a operação se deu dentro de um mesmo grupo econômico, sob controle dos mesmos sócios, podemos afirmar que qualquer pagamento é simples troca "do bolso esquerdo para o bolso direito". Não houve o ingresso de nenhum valor novo para o grupo econômico formado pelas empresas brasileiras e belgas. Sim, agora não estamos falando de um grupo brasileiro transacionando com um grupo Belga. Já houve a união dos dois. Estamos dentro do novo grupo encabeçado pela Imbev S/A (Bélgica), controlada pela Stchting (esta controlada pelos dois grupos em igualdade de condições, por acordo de acionistas).

De maneiras que temos uma reavaliação das ações da AMBEV por expectativa de rentabilidade futura e um passeio dessas ações pela Holding brasileira antes de ser incorporada por ela mesma, a AMBEV. Não há como convencer que houve pagamento por conta de uma avaliação a mercado, quando este valor já estava integrado ao patrimônio do grupo econômico.

Havíamos tratado dos requisitos para ser considerado amortizável o ágio, nos termos do artigo 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, e neles estavam incluídos o efetivo pagamento, com riqueza nova ingressando, o que só acontece com uma negociação entre partes independentes. Também tratamos dos aspectos relativos às despesas, concernentes à sua necessidade para a obtenção dos fins da Empresa.

O "passeio" realizado pelo conjunto de ações que a IIBV detinha da AMBEV, avaliado por expectativa de rentabilidade futura, na Holding brasileira e sua posterior incorporação pela controlada, com o conjunto de ações retornando em 57 dias para a própria IIBV, foi operação sem nenhum sentido negocial, empreendida apenas para permitir a amortização de ágio, dentro de um mesmo grupo empresarial e sem nenhuma substância econômica que a justificasse.

Isso permite concluir que a despesa de amortização do ágio não preenche o requisito de necessidade para que a AMBEV alcance seus objetivos institucionais, se não caracteriza a finalidade escusa de operação engendrada no intuito de legitimar uma redução no lucro que não possui respaldo legal.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso voluntário no que se refere à amortização do ágio decorrente da conferência de ações da AMBEV feita pela IIBV na Imbev Holding Brasil.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA NA CSLL.

A Recorrente alega, neste ponto, que nem os incisos III do artigo 13 da Lei nº 9.249, de 1997, nem o artigo 57 da Lei nº 8.981, de 1995 permitem a exigência da CSLL reflexa no caso concreto.

O primeiro por restringir seus efeitos a bem móveis e imóveis, sendo que o ágio em nenhum momento foi tratado como tal, sempre sendo referido como ativo intangível; o segundo, por referir-se à apuração e pagamento, mas mantendo a base de cálculo e as alíquotas previstas na legislação da CSLL.

Aduz, também, que antes da edição da Lei nº 12.973, de 2014, a regra do artigo 25 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, que determina a adição da despesa de ágio especificamente para efeito de apuração do lucro real não seria aplicável à CSLL.

Se não vejamos:

Lei 8.981, de 1995:

Art. 57. Aplicam-se à Contribuição Social sobre o Lucro (Lei nº 7.689, de 1988) as mesmas normas de apuração e de pagamento estabelecidas para o imposto de renda das pessoas jurídicas, inclusive no que se refere ao disposto no art. 38, mantidas a base de cálculo e as alíquotas previstas na legislação em vigor, com as alterações introduzidas por esta Lei. (grifei)

Lei nº 9.249, de 1995

Art. 13. Para efeito de apuração do lucro real e da base de cálculo da contribuição social sobre o lucro líquido, são vedadas as seguintes deduções, independentemente do disposto no art. 47 da Lei nº 4.506, de 30 de novembro de 1964:

(...)

*III - de despesas de depreciação, amortização, manutenção, reparo, conservação, impostos, taxas, seguros e **quaisquer outros gastos com bens móveis ou imóveis**, exceto se intrinsecamente relacionados com a produção ou comercialização dos bens e serviços;*

Lei nº 12.973, de 2014

Art. 2º O Decreto-Lei no 1.598, de 26 de dezembro de 1977, passa a vigorar com as seguintes alterações:

(...)

Art. 25. A contrapartida da redução dos valores de que tratam os incisos II e III do caput do art. 20 não será computada na determinação do lucro real, ressalvado o disposto no art. 33.

(...)

Art. 50. Aplicam-se à apuração da base de cálculo da CSLL as disposições contidas nos arts. 2º a 8º, 10 a 42 e 44 a 49.

É de se observar que as autoridades administrativas fundamentaram o auto de infração relativo à CSLL nas seguintes normas legais:

Enquadramento Legal

Fatos geradores ocorridos entre 01/01/2011 e 31/12/2011:

Art. 2º da Lei nº 7.689/88 com as alterações introduzidas pelo art. 2º da Lei nº 8.034/90

Art. 57 da Lei nº 8.981/95, com as alterações do art. 1º da Lei nº 9.065/95

Art. 2º da Lei nº 9.249/95.

Art. 1º da Lei nº 9.316/96; art. 28 da Lei nº 9.430/96

Art. 28 da Lei nº 9.430/96.

Arts. 129 e 132 da Lei nº 5.172/66 (Código Tributário Nacional)

Art. 13, inciso III, da Lei nº 9.249/95

Art. 3º da Lei nº 7.689/88, com redação dada pelo art. 17 da Lei nº 11.727/08

Fatos geradores ocorridos entre 01/01/2012 e 31/12/2012:

Art. 2º da Lei nº 7.689/88 com as alterações introduzidas pelo art. 2º da Lei nº 8.034/90

Art. 57 da Lei nº 8.981/95, com as alterações do art. 1º da Lei nº 9.065/95

Art. 2º da Lei nº 9.249/95.

Art. 1º da Lei nº 9.316/96; art. 28 da Lei nº 9.430/96

Art. 28 da Lei nº 9.430/96.

Arts. 129 e 132 da Lei nº 5.172/66 (Código Tributário Nacional)

Art. 13, inciso III, da Lei nº 9.249/95

Art. 3º da Lei nº 7.689/88, com redação dada pelo art. 17 da Lei nº 11.727/08

Art. 28 da Lei nº 9.430/96, com redação dada pelo art. 39 da Medida Provisória nº 563/12.

Art. 28 da Lei nº 9.430/96, com redação dada pelo art. 49 da Lei nº 12.715/12.

Fatos geradores ocorridos entre 01/01/2013 e 31/12/2013:

Art. 2º da Lei nº 7.689/88 com as alterações introduzidas pelo art. 2º da Lei nº 8.034/90

Art. 57 da Lei nº 8.981/95, com as alterações do art. 1º da Lei nº 9.065/95

Art. 2º da Lei nº 9.249/95.

Art. 1º da Lei nº 9.316/96; art. 28 da Lei nº 9.430/96

Arts. 129 e 132 da Lei nº 5.172/66 (Código Tributário Nacional)

Art. 13, inciso III, da Lei nº 9.249/95

Art. 3º da Lei nº 7.689/88, com redação dada pelo art. 17 da Lei nº 11.727/08

Art. 28 da Lei nº 9.430/96, com redação dada pelo art. 49 da Lei nº 12.715/12.

A atenção ao tema conduz a profundos estudos e considerações feitas em julgados anteriores desta e de outras Turmas deste CARF. Especificamente o acórdão 1302-001.895, da relatoria da Conselheira Edeli Pereira Bessa traz uma acurada avaliação do problema, além de conter declaração de voto a respeito do tema do atual Presidente desta Turma Ordinária.

Naquele acórdão, a I. Relatora consigna a argumentação da PGFN, no seguinte sentido:

Dessa forma, verifica-se que, em razão da adoção do Método da Equivalência Patrimonial no Brasil, o Decreto-lei nº 1.598/1977 (uma norma tributária) se propôs a determinar a técnica contábil para segregar o custo do investimento em duas contas distintas. Significa dizer: as figuras do ágio e do deságio surgiram de uma lei de natureza fiscal, não de uma norma específica de contabilidade. Nesse sentido, importante transcrever trecho da obra Manual de Contabilidade das Sociedades por Ações:

Ao comprar ações de uma empresa que serão avaliadas pelo método da equivalência patrimonial, deve-se, já na ocasião da compra, segregar na Contabilidade o preço total de custo em duas subcontas distintas, ou seja, o valor da equivalência patrimonial numa subconta e o valor do ágio (ou deságio) em outra subconta.

A Lei das Sociedades por Ações, na verdade, não abordou esse tratamento contábil especificamente;

todavia, ele está de acordo com adequada técnica contábil e expresso ainda na legislação fiscal, por meio do art. 385 do RIR/99 e na Instrução CVM nº 247/96 (em seu art. 13). (gn) [IUDÍCIBUS, Sérgio; MARTINS, Eliseu; GELBCKE, Ernesto Rubens. 7ª edição. Editora Atlas. São Paulo, 2007: pág.170.]

*Cumpre observar que a legislação fiscal que autorizou a contabilização do custo de aquisição do investimento em duas subcontas distintas, uma para o ágio e outra para o patrimônio líquido, **determinou, em contrapartida, a neutralidade da amortização do ágio para fins da apuração do IRPJ.***

*Com efeito, o art. 25 do Decreto-Lei 1.598/1977 foi expresso ao prever que a amortização do ágio **NÃO será computada na determinação do lucro real.** Por outro lado, o mencionado dispositivo legal faz a ressalva de que, observado o disposto no art. 33 do mesmo Decreto-Lei 1.598/1977, a amortização do ágio poderia ser utilizada para determinar o ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação do investimento em coligada ou controlada avaliado pelo valor de patrimônio líquido.*

Percebam, Senhores(as) Conselheiros(as), que o ágio amortizado somente integraria a apuração do IRPJ em duas situações: 1) na hipótese do inciso III do art. 386 do RIR/99, ou seja, em virtude de incorporação, fusão ou cisão de sociedade coligada ou controlada na qual o contribuinte tivesse participação societária adquirida com ágio ou deságio; 2) na hipótese do art. 33 do DecretoLei nº 1.598/1977, que se aplica aos casos de alienação ou liquidação do investimento em coligada ou controlada e para a apuração de ganho ou perda de capital.

No ponto, relevante destacar que a partir de uma interpretação teleológica, percebe-se que a finalidade da lei é permitir um controle contábil do ágio e da sua amortização, sem que tenha qualquer efeito fiscal até a alienação ou liquidação do investimento.

*No caso da apuração da base de cálculo da CSLL, **como não há norma expressa que autoriza a dedução da despesa com amortização de ágio, não há que se falar nessa renúncia fiscal.***

*Assim, ao contrário do que defende a recorrente, a dedutibilidade na CSLL da despesa com a amortização de um ágio não é assegurada em face da ausência de norma que estabeleça a adição dessa rubrica. Na verdade, **a despesa com a amortização de um ágio, mesmo dedutível para fins de IRPJ, não é dedutível para a CSLL porque não há previsão legal autorizando.***

*Sendo assim, a autonomia legislativa entre o IRPJ e a CSLL não impede a glosa na apuração da CSLL do ágio considerado indedutível para fins do IRPJ. Ao contrário, **impede o aproveitamento fiscal na apuração da CSLL do ágio***

considerado dedutível para o IRPJ. (destaques da Procuradoria da Fazenda Nacional)

Nestes termos, a Procuradoria da Fazenda Nacional invoca a aplicação do art 111 do CTN, e cita entendimento, na linha do que defende, esposado no Acórdão nº 1302 00.834:

Ementa:

(...)

CSLL. ÁGIO. AMORTIZAÇÃO.

Em conformidade com o disposto no art. 7º (caput) e inciso III da Lei nº 9.532, de 1997, a faculdade de amortização de ágio, nas condições ali referidas, limita-se à apuração do lucro real, base de cálculo do imposto de renda pessoa jurídica. (...)

Voto condutor (...)

Observo que a contribuinte, por meio da peça impugnatória, sustentou que, no caso de amortização de ágio, inexistia previsão legal que permita a adição da referida despesa na determinação da base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido.

Creio que o argumento é digno de reparo.

Não se trata de falta de autorização para adição, mas, sim, de ausência de previsão legal para amortização, por força do disposto no inciso III do art. 386 do RIR/99, isto é, a faculdade de amortização refere-se à apuração do lucro real.

Assim, ainda que se admitisse, no presente caso, a amortização pretendida pela fiscalizada, ela só seria possível na determinação da base de cálculo do imposto de renda.(...)(destaques da Procuradoria da Fazenda Nacional)

Contudo, reportando-se a outro julgado em que foi voto vencido (Acórdão nº 1101-000-841) após longa preleção, a D. Conselheira Relatora, naquele voto, conclui:

Assim, embora à primeira vista a Lei nº 9.532/97 aparente surtir efeitos apenas nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, na medida em que esta aproximou-se, no caso de ágio pago por expectativa de rentabilidade futura, da apuração do lucro contábil como antes mencionado, é possível interpretar que a lei, ao valer-se daqueles termos, e não meramente firmar a dedutibilidade da amortização na apuração do lucro real, repercutiria, também, na apuração da base de cálculo da CSLL, inclusive como expresso na Instrução Normativa SRF nº 390/2004:

(...)

Assim, quer em razão do disposto na Instrução Normativa SRF nº 390/2004, quer por interpretação dos termos da Lei nº 9.532/97, e mesmo em consequência da apuração contábil, a

base de cálculo da CSLL necessariamente restaria afetada pela amortização do ágio aqui em comento, caso reconhecida sua existência no patrimônio da autuada após a reorganização societária debatida nestes autos, bem como sua fundamentação em rentabilidade futura. Eventualmente poderiam existir descompassos entre a sistemática de amortização contábil e aquela fixada pela Lei nº 9.532/97, mas o fato é que a autoridade fiscal não fez qualquer ressalva acerca de irregularidades na apuração da base de cálculo da CSLL em decorrência da amortização do ágio.

Não se vislumbra, dessa forma, qualquer especificidade que possa ensejar um resultado diferenciado para a exigência de CSLL decorrente da glosa de amortização do ágio que passou a integrar o patrimônio da autuada após a reorganização societária em comento.

Mais adiante, tratando da constituição da provisão de que trata o artigo 6º da Instrução CVM nº 319, que foi constituída no presente caso, assim se pronuncia a I. Relatora:

Diante deste contexto, a neutralização dos efeitos contábeis da amortização do ágio na investida, mediante realização da provisão para manutenção da integridade do patrimônio líquido, justifica a incidência da CSLL sobre os valores amortizados. Em outras palavras, o lucro líquido, base de cálculo daquela contribuição, deve ser aquele apurado contabilmente, tendo em conta não só a dedução da amortização, como também a neutralização de seus efeitos pela realização de provisão criada em razão da ausência de substância econômica do ágio transferido.

Veja-se que a CVM admite o reconhecimento, no resultado, do benefício fiscal que decorreria da amortização do ágio transferido, mediante constituição de uma provisão inferior ao montante do ágio transferido. Mas, como dito, aquela instituição não tem competência para fixar critérios interpretativos de incidência tributária, de modo que evidenciada a indedutibilidade da amortização do ágio transferido, resta sem substância econômica a totalidade deste valor, o que justifica a exigência da CSLL sobre as mesmas bases de cálculo adotadas para o IRPJ.

A Conselheira conclui estar correta a adição à base de cálculo da CSLL operada naquele processo.

Finalmente destaco a declaração de voto do Conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado, que assim justifica a alteração de posição em relação a voto anteriormente emitido:

Desta feita, todavia, aprofundando a reflexão sobre a questão, e tendo em conta os argumentos trazidos pela Douta Procuradoria da Fazenda Nacional acerca da neutralidade da amortização do ágio de investimento avaliado pelo MEP, registrada contabilmente, para efeito da apuração do lucro real e da existência de hipóteses expressas na legislação fiscal quanto à

sua integração à apuração da base de cálculo do IRPJ, me convenci da inexistência de suporte legal para a consideração do referido ágio para fins de apuração da base de cálculo da CSLL, sendo, assim, desnecessária a previsão legal expressa no sentido de determinar a sua adição à base de cálculo da CSLL, alegada pela recorrente. Como bem apontou a relatora, a legislação societária (lei nº 6.404/1976) nada dispunha sobre o registro da amortização contábil do ágio pago na aquisição de investimentos e que esta possibilidade somente surgiu a partir da edição do Decreto-lei nº 1.598/77, que veio disciplinar a apuração do imposto de renda a partir do resultado apurado na escrituração comercial.

Ou seja, toda a disposição legal sobre a matéria da amortização do ágio remete à apuração do lucro real, seja para determinar a neutralidade dos seus efeitos, seja para autorizar a sua consideração na base de cálculo do IRPJ nos casos que especifica, de sorte que, ou bem se aplicam todas as disposições (sobre o ágio) para a apuração para a base de cálculo do IRPJ e da CSLL (seja para adicionar a amortização do ágio à base da CSLL, seja para sua consideração no resultado nas hipóteses legais cabíveis) ou se considera que, à míngua de qualquer menção da CSLL nos textos legais, a amortização do ágio não pode repercutir em nenhum momento em sua base de cálculo. Sob outro ângulo, é cabível, também, a interpretação de que a hipótese legal para adicionar a amortização do ágio à base de cálculo da CSLL está compreendida no art. 2º, § 1º, alínea c, itens 1 e 4 da Lei nº 7.689/1988, que estabelece a adição/exclusão do resultado negativo da avaliação de investimentos pelo valor do patrimônio líquido ao resultado do exercício. Este dispositivo deixa patente que, também, na base de cálculo da CSLL deve ser neutro o resultado da equivalência patrimonial.

Neste sentido é bastante esclarecedor o voto do ilustre Conselheiro Alberto Pinto Souza Junior ao analisar a matéria, no Acórdão nº 1302001.170, verbis: [...] Entendo que a despesa de amortização do ágio é despesa indedutível na apuração da base de cálculo da CSLL, por força dos itens 1 e 4 do dispositivo acima transcrito, os quais deixam claro a finalidade da norma de tornar o MEP neutro na apuração da CSLL. A avaliação do investimento pelo MEP influencia o cálculo da CSLL em caso de alienação ou liquidação do investimento, já que esse seria o valor contábil do investimento a ser considerado. Além disso, se assim não fosse, contrario sensu, a receita decorrente da amortização do deságio seria tributada, o que não me parece razoável, mas seria inevitável chegar a tal conclusão caso se entenda dedutível a despesa de amortização do ágio.

Note-se que, se o ágio compõe o valor contábil do investimento e o MEP é apenas um método de avaliação do investimento, logo, é lógico que a amortização que reduz o ágio/deságio compõe “lato sensu” o resultado da avaliação do investimento pelo MEP, o qual seja positivo ou negativo não deve impactar a base da CSLL, como dispõe expressamente o dispositivo legal acima

(itens 1 e 4 da alínea “c” do § 1º do art. 2º da Lei 7.689/88).(grifei)

[..]

Por estes fundamentos, acompanhei o voto da D. relatora, para negar provimento ao recurso voluntário quanto a esta matéria.

A norma citada acima é a seguinte:

Lei nº 7.689, de 1988

Art. 2º A base de cálculo da contribuição é o valor do resultado do exercício, antes da provisão para o imposto de renda.

§ 1º Para efeito do disposto neste artigo:

a) será considerado o resultado do período-base encerrado em 31 de dezembro de cada ano;

b) no caso de incorporação, fusão, cisão ou encerramento de atividades, a base de cálculo é o resultado apurado no respectivo balanço;

c) o resultado do período-base, apurado com observância da legislação comercial, será ajustado pela:(Redação dada pela Lei nº 8.034, de 1990)

1 - adição do resultado negativo da avaliação de investimentos pelo valor de patrimônio líquido;(Redação dada pela Lei nº 8.034, de 1990)

(...)

4 - exclusão do resultado positivo da avaliação de investimentos pelo valor de patrimônio líquido;(Redação dada pela Lei nº 8.034, de 1990)

(...)(grifei)

Dito isto, sem muito a acrescentar em relação ao fundamento apresentado que, basicamente, diz respeito à coerência na interpretação teleológica e sistemática do conjunto normativo, uma vez que a autorização para a amortização do ágio decorre de norma tributária e diz respeito unicamente ao lucro real, base de cálculo do IPRJ; considerando, todavia, o sistema legal com um todo, há que se entender que tal autorização se estende, também, à CSLL; considerando que a neutralidade da avaliação pelo MEP inclui o ágio e o deságio e que esta neutralidade é aplicada à CSLL, conforme está expresso no artigo 2º da Lei nº 7.689, de 1988, que serviu, dentre outras normas, de fundamento para a presente autuação, voto por negar provimento ao recurso voluntário neste tema.

MULTA ISOLADA SOBRE ESTIMATIVAS

Como decorrência das glosas de despesas com os dois ágios, a Fiscalização lançou multas pela falta de recolhimento de estimativas, conforme tabelas de folhas 11868 e 11869.

A Recorrente alega que a multa isolada não pode ser lançada concomitantemente à multa de ofício, conforme súmula e julgados deste CARF, em especial pela aplicação do princípio penal da consunção, no qual, grosso modo, a pena maior absorve a menor.

O assunto é sumulado pela CARF:

Súmula CARF nº 105 : A multa isolada por falta de recolhimento de estimativas, lançada com fundamento no art. 44 § 1º, inciso IV da Lei nº 9.430, de 1996, não pode ser exigida ao mesmo tempo da multa de ofício por falta de pagamento de IRPJ e CSLL apurado no ajuste anual, devendo subsistir a multa de ofício.

No entanto, a alteração promovida pela Medida Provisória nº 351, de 2007, convertida na Lei nº 11.488, de 2007, no art. 44, da Lei nº 9.430, de 1996, deixa clara a possibilidade de aplicação de duas penalidades em caso de lançamento de ofício frente a sujeito passivo optante pela apuração anual do lucro tributável.

Vejamos o texto:

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

(...)

II - de 50% (cinquenta por cento), exigida isoladamente, sobre o valor do pagamento mensal: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

(...)

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

A lei estabelece a exigência isolada da multa sobre o valor do pagamento mensal ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base negativa no ano-calendário correspondente, pelo que se conclui que sua natureza é distinta da multa de ofício, esta sim, calculada sobre o imposto devido ao término do ano-calendário.

A alteração legislativa operada afasta a vinculação com a súmula, uma vez que ela foi estabelecida sob a égide de outra norma jurídica.

Como se trata da aplicação de multas em relação a infrações distintas, não há óbice ao lançamento.

Nego provimento ao recurso voluntário.

INCIDÊNCIA DE JUROS SOBRE A MULTA DE OFÍCIO

Sobre a questão esta Turma já manifestou entendimento sobre a procedência da incidência de juros de mora sobre a multa de ofício. Assim, reproduzo manifestação sobre o

tema constante do processo 13896.721338/2013-36, da Relatoria da Conselheira Ester Marques Lins de Souza, que adoto como razão de decidir:

*Como cediço, os **débitos** de tributos e contribuições e de multas (penalidades) têm causas diversas. Enquanto os débitos de tributos e contribuições decorrem da prática dos respectivos fatos geradores, as multas decorrem de violações à norma legal, no caso, do suposto não pagamento dos tributos e contribuições nos prazos legais.*

*O artigo 142 do CTN, descreve, na verdade, o fato de que, no mesmo auto de infração, pode ocorrer o lançamento tributário, em que se exige o tributo devido pelo contribuinte, e a aplicação da penalidade pelo fato de este contribuinte ter deixado de recolher o tributo. Portanto reunidos em um único lançamento, e, devidamente discriminados, a cobrança do tributo e a aplicação da multa pela infração, resta constituído o **crédito tributário** que deve ser exigido com os acréscimos legais (juros de mora).*

*Portanto, efetuado o lançamento tributário, de ofício, ou seja, constituído o **crédito tributário** a sua substância é o pagamento do tributo e da penalidade pecuniária aplicada pelo descumprimento da norma legal, no presente caso, a denominada multa de ofício de que trata o inciso I do artigo 44 da Lei nº 9.430/96.*

*Sobre os juros de mora, o próprio art. 161 do CTN menciona a incidência dos juros sobre o **crédito** não integralmente pago no vencimento, não podendo ser outro crédito senão àquele constituído nos termos do art.142 do CTN, ou seja, crédito tributário (objeto prestacional, representado em dinheiro) = tributo (não pago) + penalidade aplicada (não paga).*

Dizer que a penalidade aplicada não integra o montante do crédito tributário não passa de um flagrante equívoco.

A exigência dos juros sequer depende de formalização, uma vez que serão devidos sempre que o principal (tributo ou penalidade) estiver sendo recolhido após o prazo de vencimento, mesmo que não quantificados (os juros) quando da formalização do crédito tributário por meio do lançamento.

Apesar disso, há quem argumente que, se do crédito a que se refere o caput do transcrito art. 161 do CTN constasse a multa de ofício, não haveria razão para mencionar nesse mesmo dispositivo “sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis”.

Não é nenhuma novidade dizer que o CTN é recheado de repetições.

A verdade é que, não haveria necessidade de novamente constar no mencionado artigo 161 tal comando,

porque a partir do lançamento surge o crédito, no entanto com o intuito de afastar os juros de mora outros argumentos poderiam advir no sentido de que tendo sido aplicada a penalidade não seria cabível a aplicação dos juros de mora porque a “penalidade” seria em substituição de outros encargos etc..

Ora, a caracterização da mora dá-se de direito, e, não depende sequer que o sujeito passivo seja interpelado com o auto de infração. Não sendo o valor devido integralmente pago até o vencimento, o crédito deve ser acrescido de juros de mora.

Partilho do entendimento expresso no Parecer MF/SRF/Cosit/Coope/Senog nº 28, de 02 de abril de 1998, segundo o qual, considerando o disposto no art.161 do CTN, é possível concluir que mencionada norma legal autoriza a exigência de juros de mora sobre a multa em caráter geral, nada impedindo que a lei específica disponha de forma diferente, determinando que os juros de mora devam incidir apenas sobre os tributos e as contribuições.

É certo que tivemos no passado dispositivos legais (art. 59 da Lei nº 8.383/91 e art.84 da Lei nº 8981/95) que deixaram dúvidas quanto a exigência dos juros de mora sobre a multa de ofício aplicada.

A interpretação literal decorrente da mencionada legislação era no sentido de que pela redação das leis mencionadas os juros deveriam incidir apenas sobre os tributos e contribuições, não autorizando, pois, a exigência dos juros de mora sobre outros débitos sem a natureza jurídica de tributo.

No entanto, com a edição da Lei nº 9.430/96, é possível mudar de paradigma para concluir que, com apoio no artigo 61 e seu § 3º, restou explícito ser cabível a exigência dos juros de mora sobre a multa de ofício, a partir do vencimento da penalidade, cujos fatos geradores (descumprimento da norma legal) ocorrerem a partir de 01/01/1997, vejamos:

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

...

§3º Sobre os débitos a que se refere este artigo incidirão juros de mora calculados à taxa a que se refere o § 3º do art. 5º, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento. (Vide Lei nº 9.716, de 1998)

(Grifei)

Sobre o vencimento da multa de ofício lançada, depreende-se dos autos de infração que a multa de ofício tem prazo para pagamento, qual seja, trinta dias após a ciência do lançamento pelo sujeito passivo. Ora, se os juros moratórios a que se refere o § 3º do art. 61, da Lei nº 9.430/96, somente se aplicam sobre débitos com prazo de vencimento, infere-se que incidem sobre a multa de ofício não paga no prazo de trinta dias após a ciência do lançamento pelo autuado.

O artigo 43 da lei nº 9.430/96 ao tratar do auto de infração sem tributo (crédito tributário correspondente exclusivamente a multa ou a juros de mora, isolada ou conjuntamente) prevê a incidência de juros de mora calculados à taxa Selic sobre o crédito tributário formalizado, 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 que demonstra claramente a imbricação com o art.161 do CTN e com o artigo 61, § 3º da mesma Lei nº 9.430/96, desnecessário seria repetir que nos casos da multa de ofício de que trata o artigo 44 da mesma lei também deverão incidir os juros de mora.

*Feitas as considerações acima e no contexto de uma interpretação sistemática, é forçoso concluir que ao teor do art.161 do CTN, bem como dos artigos 43, parágrafo único, e 61, § 3º, da Lei nº 9.430/96, por se tratar de **débitos** para com a União, incidem tanto sobre os tributos quanto sobre a multa de ofício, os juros de mora com base na taxa Selic a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do seu pagamento.*

Sabendo-se que os juros de mora incidem a partir de vencimentos distintos em relação ao vencimento do tributo e ao vencimento da multa lançada de ofício (30 dias após a ciência do lançamento). Antes do lançamento não há falar em juros de mora sobre a multa de ofício.

Os juros de mora incidentes sobre as multas pecuniárias proporcionais, aplicadas de ofício, terão como termo inicial de contagem o mês seguinte ao do vencimento do prazo fixado na intimação do auto de infração ou de notificação de lançamento, conforme fixado na Portaria MF nº 370 de 23-12-88, verbis:

I - Os juros de mora incidentes sobre as multas pecuniárias proporcionais, aplicadas de ofício, terão como termo inicial de contagem o mês seguinte ao do vencimento do prazo fixado na intimação do auto de infração ou da notificação de lançamento e serão calculados, à razão de 1% (um por cento) ao mês-calendário ou fração, sobre o valor corrigido monetariamente.

II. Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação.

Nesse sentido traz-se à lume excerto do voto do Desembargador Dirceu de Almeida Soares quando do julgamento, pela 2ª. Turma do TRF4, da AC 2005.72.01.000031-

1/SC, em 2006 (Leandro Paulsen, Direito Tributário, 9ª ed., Livraria do Advogado, pág. 1028), ipsis litteris:

“...tanto a multa quanto ao tributo são aplicáveis os mesmos procedimentos e critérios de cobrança. E não poderia ser diferente, porquanto ambos compõe o crédito tributário e devem sofrer a incidência de juros no caso de pagamento após o vencimento. Não haveria porque o valor relativo à multa permanecer congelado no tempo. Tampouco há falar em violação da estrita legalidade ...O artigo 43 da Lei nº 9.430/96 traz previsão expressa da incidência de juros sobre a multa, que pode, inclusive, ser lançada isoladamente.”

Com efeito, é legítima a exigência de juros de mora tanto sobre os débitos lançados como da respectiva multa de ofício, não pagos no vencimento, calculados pela taxa Selic a partir do primeiro dia do mês subsequente ao dos respectivos vencimentos dos prazos até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês do pagamento, conforme determinação legal expressa.

Para sedimentar as considerações feitas no presente voto, traz-se à colação o entendimento expresso nos seguintes Acórdãos da Câmara Superior de Recursos Fiscal desse Egrégio Conselho Administrativo:

ACÓRDÃO nº CSRF/04-00.651, julgado em 18/09/2007:

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.

ACÓRDÃO nº 9101002.501-1ª Turma, julgado em 12/12/2016

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Exercício: 2002

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.

Assim, considero correta a aplicação da taxa SELIC como juros de mora sobre a multa de ofício.

RECURSO DE OFÍCIO

QUALIFICAÇÃO DA MULTA DE OFÍCIO

A fiscalização qualificou a multa de ofício por considerar que, tanto no ágio gerado na oferta pública quanto no gerado por conferência de ações, a Contribuinte agiu de forma fraudulenta, nos termos descritos no artigo 72 da Lei nº 4.502, de 1964, *verbis*:

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

Resumidamente, assim se manifesta a autoridade administrativa:

OPA

137. A forma adotada pelo grupo belga para artificialmente contabilizar em sua controlada brasileira Inbev Holding Brasil, no tocante à OPA realizada para aquisição das ações em circulação da AmBev, um ágio originado pela “escala” que o dinheiro remetido pela InBev SA fez na InBev Holding Brasil (diferentemente do pagamento em ações feito pela mesma InBev SA aos acionistas que trocaram ações da brasileira por ações da belga) teve a clara intenção de revestir de legalidade uma operação cujo propósito principal (se é que não o único) foi reduzir as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL.

138. A previsão disposta na cláusula 10.04, ‘d’, do Contrato de Contribuição e Subscrição, por meio da qual a InBev Holding Brasil foi empregada para concentrar as ações da AmBev detidas pelo grupo Interbrew, faz sentido quanto às ações antes detidas pelo grupo brasileiro (ex-controladores da AmBev). A falta de lógica fica patente, contudo, quanto às ações adquiridas na OPA, uma vez que as pagas em dinheiro fizeram a “escala”, enquanto as pagas com ações da InBev SA seguiram diretamente para os belgas. É evidente que, independentemente da forma de pagamento, as ações deveriam seguir diretamente para os belgas, pois não faz sentido concentrar ativos que já eram detidos por eles, ainda mais porque, em seguida, aquelas ações que foram “concentradas” na holding brasileira (OPA) voltaram para o grupo Interbrew quando da incorporação da InBev Holding Brasil.

Conferência de Ações

149. O mesmo descasamento entre formalização e a verdadeira intenção ocorreu no caso da integralização realizada pela IIBV na holding brasileira. A conferência no capital foi feita mediante ações da AmBev detidas pela IIBV, que recebera parte delas no ato da incorporação da Labatt Holding Bahamas, enquanto outra parte fora recebida da InBev SA, que adquirira na OPA ações ON diretamente dos acionistas que optaram por receber como pagamento ações da belga. Note-se: todo esse conjunto já estava de posse da IIBV, que nesse momento já era uma subsidiária da InBev SA. A integralização feita com esse conjunto na InBev Holding Brasil, que concentrava ações da AmBev antes detidas por ex-controladores brasileiros e que

deveriam passar às mãos dos belgas, retornou, apenas 59 dias após a integralização (quando da incorporação da holding brasileira pela sua controlada AmBev), às mãos de quem acabara de integralizar aquele conjunto de ações. Ou seja, “concentrou-se” algo que já estava concentrado em suas mãos, exatamente porque, não obstante a total falta de lógica disso, poder-se-ia auferir uma monumental economia tributária.

150. Desse rápido “passeio circular” das ações da AmBev detidas pelos belgas, ficou como “prêmio” no Brasil um ágio de mais de R\$ 7,1 bilhões, recebido pela fiscalizada e indevidamente pago pelo restante dos cidadãos brasileiros. Analogamente à documentação que serviu de suporte às operações relacionadas à OPA, a formalização representativa da integralização pretendeu retratar juridicamente uma realidade que de fato se mostrou outra. A circularização das ações demonstra que as várias operações engenhadas tiveram a finalidade de criar artificialmente um intangível cuja amortização reduziria as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL.

E conclui:

152. A demonstração da clara intenção de representar juridicamente operações de forma diversa do que na realidade representavam, com o fim de obter dolosamente uma economia tributária ilícita, enseja a aplicação da multa qualificada estabelecida pelo art. 44, §1º, da Lei n. 9.430/96.

A 2ª Turma da DRJ de Belo Horizonte, no acórdão recorrido, afastou a qualificadora, o que motivou o recurso de ofício em julgamento, fundamentando sua decisão nos seguintes termos:

Inegável que o tema do aproveitamento tributário de ágio originado em reorganizações societárias em relações intra-grupos é polêmico e tem gerado manifestações no meio jurídico em ambos sentidos: considerando-o conforme a lei ou contrário a ela. A existência da controvérsia nos diversos foros é, ao meu ver, suficiente para sustentar a existência de interpretações factíveis que, não obstante, incompatíveis, preencham a “moldura legal” fixada pela norma. Os limites definidos pela lei nesse tipo de operação societária comportam espaço para interpretações divergentes.

Portanto, por entender que não há evidente intuito de fraudar quando a controvérsia diz respeito fundamentalmente a questões jurídicas, de direito, de lei, de interpretação e ou aplicação dos preceitos normativos, voto pela procedência da impugnação em relação à qualificação da multa, mantendo-a no percentual de 75%.

A Recorrente, por sua vez, em poucas linhas, argumenta:

IV) Improcedência da aplicação ao caso da multa qualificada por não ocorrerem no caso as situações previstas nos artigos 44, § 1º da Lei 9.430/96 e 71, 72 e 73 da Lei 4.502/64, em especial

pela inocorrência de fraude nos termos em que definida no art. 72 da Lei 4.402/64 e 1º da Lei 8.137/90, sendo certo que a simples intenção de obtenção de economia tributária não pode ser tida como dolo para a qualificação da multa;

A PGFN reproduz os argumentos dos Auditores Fiscais autuantes e pede o provimento do recurso de ofício.

No Acórdão 1103001.151, a 3ª Turma Ordinária da 1ª Câmara, analisando o mesmo caso presente, mas dos lançamentos relativos aos anos-calendário de 2005 a 2010, considerou que não estavam presentes os elementos ensejadores da qualificação, decisão tomada por maioria de votos. Assim se manifestou o Relator, no voto condutor do acórdão:

Casos de amortizações de ágio em reorganizações societárias têm sido enfrentados por esta turma. No julgamento dos recursos ex officio e voluntário interpostos no processo nº 10970.720351/201188, no qual atuei como relator, tive a oportunidade de expressar o meu entendimento sobre o tema no voto condutor do Acórdão nº 1103000.960, de 06/11/2013, assim resumido:

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. AUSÊNCIA DE PROPÓSITO NEGOCIAL. UTILIZAÇÃO DE EMPRESA VEÍCULO. SIMULAÇÃO. MULTA QUALIFICADA. A sucessão de eventos modificativos de controle societário em um mesmo grupo empresarial sem qualquer finalidade comercial que resulte em incorporação de pessoa jurídica em cuja contabilidade constava registro de ágio com fundamento em expectativa de rentabilidade futura, com utilização de empresa veículo, unicamente para criar de modo artificial as condições para aproveitamento da amortização do ágio como dedução na apuração do lucro real, caracteriza simulação montada para o fim exclusivo de economia tributária, o que autoriza o lançamento de ofício com imposição de multa qualificada em razão do intuito de fraude demonstrado.

Há no caso sob exame um contexto de fato diverso do encontrado naquele acima mencionado. Todos os atos foram praticados com observância das formalidades legais e não foi identificada a utilização de empresa veículo ou qualquer outro elemento fraudado, fato reconhecido pela autoridade fiscal no TVF e na decisão de primeira instância.

Ocorreu efetivamente abuso de direito, conforme definido no art. 187 do vigente Código Civil – Lei 10.406/2002, com a seguinte redação:

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.

Trata-se, com efeito, de dedução indevida, mas sem a imposição de multa qualificada. Novamente pertinente a citação do ensinamento de Rubens Gomes de Souza, referida acima, no exame da amortização do ágio: no caso concreto, identifica-se dos efeitos econômicos dos atos praticados consequência tributária diversa da interpretação dada pela recorrente, só isso. Inexiste nos autos prova de tentativa fraudulenta de encobrir ou mascarar os fatos.

O caso examinado pressupõe a aplicação da multa no percentual ordinário de 75%.

Entendo que temos duas situações bem distintas.

O ágio decorrente da OPA possui características que o colocam na área de dúvida, uma vez que houve o pagamento, em dinheiro, pagamento este inclusive compulsório, e o valor pré-estabelecido, o que é suficiente à incidência do artigo 112 do CTN.

Assim, torna-se aceitável que a Recorrente tenha tido apenas uma interpretação diferente da norma jurídica, deduzindo que seria legítimo e aceitável que interpusse, entre a real investidora, a ofertante registrada na CVM como tal, e o acionista minoritário, a Holding brasileira, sua subsidiária integral, que, assim registraria o ágio e, posteriormente, o aproveitaria com a incorporação reversa, como previsto na lei.

Não vejo que com esta atitude a Empresa tenha atuado com ardil, visando à diminuição dos tributos de forma fraudulenta, ocultando ou mesmo iludindo com falsa verdade.

Contudo, no que se refere à conferência de ações vejo uma atuação, totalmente diferente. Primeiro que é uma operação totalmente desnecessária e executada com o único intuito de provocar uma economia absurda de tributos, de forma artilosa. Embora as operações sejam formalmente corretas, seu conjunto demonstra que em apenas 57 dias a situação retornou à origem: (i) as ações (até então na IIBV) são vertidas para a holding brasileira, que é incorporada pela investida; (ii) a AMBEV cancela as ações detidas pela incorporada e emite a mesma quantidade de ações em nome da IIBV.

Resumindo, em 57 dias, o "passeio" das ações pela Imbev Brasil resultaram, apenas, na criação deste ágio significativo de mais de 7 bilhões de reais.

Cabe aqui o questionamento: basta estarem as operações formalmente corretas para que seja afastada a multa qualificada? Entendo que não.

Ainda que as operações se apresentem formalmente corretas, mas o resultado seja, apenas, a criação de condições para que o ágio criado seja amortizável fiscalmente, ou que isto seja "viabilizado" nas palavras da Recorrente, tenho claro que estamos diante de uma atitude de mascaramento da realidade, de subversão dos fatos realmente ocorridos, para impor prejuízo Fisco com a indevida redução dos tributos incidentes.

A bandeira da realidade só pode ser desfraldada com uma minuciosa ação da fiscalização federal, haja vista a complexidade das operações.

Independentemente da natureza das ações vistas como um todo: se fraude à lei, motivo de nulidade; ou se abuso de direito, motivo de ilicitude, fato é que a realidade só

aparece a partir dessa acurada auditoria: a operação que "viabilizou" o que não tinha que ser viabilizado, pois que nasceu indedutível, foi desprovida de qualquer propósito negocial e foi intencionalmente empreendida dentro do grupo econômico para impor à União um ônus de aproximadamente 2 bilhões de reais.

Não tenho dúvidas quanto ao dolo, enquanto vontade de agir para a obtenção do resultado; não tenho dúvidas, também, de que quando agiu a Recorrente atuou para mascarar a realidade, possibilitando a alteração das características essenciais do fato gerador, por meio da dedução fiscal de um ágio cuja amortização não encontra respaldo legal, mesmo por se tratar de despesa desnecessária à obtenção de seu objetivo social.

Dou provimento parcial ao Recurso de Ofício para restabelecer a multa qualificada quanto ao ágio relativo à contribuição de ações pela IIBV na Imbev Holding Brasil.

Feitas essas considerações, rejeito a preliminar de decadência e, no mérito, nego provimento ao recurso voluntário e dou provimento parcial ao recurso de ofício, restabelecendo a multa qualificada em relação à amortização do ágio decorrente da conferência de ações da AMBEV na Imbev Holding Brasil, feita pela IIBV holandesa.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Carlos Cesar Candal Moreira Filho- Relator

Voto Vencedor

Conselheiro Marcos Antonio Nepomuceno Feitosa – Redator designado.

Apesar do brilhante voto do Conselheiro Relator, peço permissão para discordar do seu entendimento em relação a amortização do ágio decorrente da “Operação OPA”. Vejamos os motivos:

Das Considerações Iniciais

A alienação, direta ou indireta, de controle de companhia aberta é condicionada à oferta pública de aquisição, por parte do adquirente, das ações com direito a voto pertencentes aos demais acionistas da companhia por valor de, no mínimo, 80% do valor pago por ação com direito a voto do anterior bloco de controle (artigo 254-A da Lei nº 6.404, de 1976).

Assim, a CVM determinou que a IMBEV SA (Bélgica) realizasse a OPA, o que foi feito conforme documento de folhas 2212/2233. O controle da AMBEV é indireto, por meio das empresas Interbrew Internacional B. V. (IIBV, Holanda) e IMBEV Holding Brasil, ambas suas subsidiárias integrais.

Deste documento extraímos:

**OFERTA PÚBLICA PARA AQUISIÇÃO DE AÇÕES ORDINÁRIAS DE EMISSÃO
DA****COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMÉRICAS – AMBEV**

Companhia Aberta

CNPJ Nº 028.808.708/0001-7

Código ISIN BRAMBVACNOR4

POR ORDEM E CONTA DA

INBEV SA/NV

Sociedade de Capital Aberto e Responsabilidade Limitada
(Ofertante)

O Banco Itaú BBA S.A (“Instituição Intermediária”), por ordem e conta da InBev SA/NV (“InBev” ou “Ofertante”, anteriormente denominada Interbrew SA/NV), sociedade de capital aberto e responsabilidade limitada devidamente constituída e existente de acordo com as leis da Bélgica, vem pela presente submeter aos acionistas ordinários da COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMÉRICAS – AMBEV (“AmBev”) oferta pública (“Oferta”) para a aquisição de ações ordinárias da AmBev (“Ações Ordinárias”), conforme os procedimentos definidos pela Instrução de nº 361/02 da Comissão de Valores Mobiliários (“CVM”), nos seguintes termos e condições:

1. A OFERTA.

1.1. Base Legal: A Oferta está sendo realizada em virtude da alienação indireta do controle da AmBev pela antiga controladora indireta BRC SàRL (“Antigo Controlador”) à InBev (“Transferência de Controle”), conforme estabelecido pelo artigo 254-A da Lei nº 6.404/76, regulado pela Instrução CVM nº 361/02. A notícia da Transferência de Controle e os termos desta Oferta foram comunicados a todos os acionistas da AmBev por meio de Fatos Relevantes publicados nos dias 31 de agosto de 2004, 02 de setembro de 2004 e 13 de outubro de 2004.

No item 1.4.2 registramos a seguinte passagem:

1.4.2. Opção de Pagamento em Dinheiro:

(...)

(ii) O pagamento da Opção de Pagamento em Dinheiro será efetuado pela subsidiária brasileira da InBev, Inbev Holding Brasil S.A. (“InBev Brasil”), companhia com sede na Cidade de São Paulo, Estado de São Paulo, na Av. Brigadeiro Faria Lima, nº 3.729, 7º andar, registrada no CNPJ/MF sob nº 97.363.642/0001-97.

Ao que se vê, a aquisição compulsória de ações com direito a voto é feita pela empresa belga (IMBEV S/A) e o pagamento é feito pela empresa brasileira, IMBEV Holding Brasil (antiga Tinsel Participações), sua controlada.

Com base nessas informações, a fiscalização, o órgão julgador de primeira instância e a PGFN entendem que o ágio foi suportado pela empresa belga, não podendo ser transferido para a empresa brasileira simplesmente porque esta foi responsável pelo pagamento, uma intermediária. O ágio deveria ser registrado na Bélgica e sua transferência para a empresa brasileira não se subsume aos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997.

A Fiscalização assim se manifesta sobre o pagamento realizado pela empresa brasileira (vide TVF):

72. Assim, o ágio contabilizado pela InBev Holding Brasil foi de R\$ 1.497.180.867,16, resultante da diferença entre o pagamento (R\$ 1.975.932.226,20) pela aquisição de 1.612.915.545 ON ações ON da AmBev e o valor patrimonial que elas representavam (2,96% do PL). A contabilização do pagamento pelas ações adquiridas na OPA corrobora o que já fora dito em vários documentos – a InBev Holding Brasil foi uma mera repassadora dos recursos internalizados (via capitalização dos recursos na holding brasileira) pela belga InBev SA/NV para aquisição de ações da AmBev na oferta pública obrigatória.

73. Em resumo, o dinheiro proveniente da sociedade belga entrou e saiu da InBev Holding Brasil no dia 5 de abril de 2005 para aquisição de ações ON da AmBev, deixando como “herança” na holding brasileira um ágio de quase R\$ 1,5 bilhão. Ato contínuo, a holding recém-integralizada é incorporada pela investida, que passa a se beneficiar tributariamente do ágio (conforme art. 386 do RIR).

(...)

79. E, por ter sido incorporada (InBev Holding Brasil) pela sua controlada (AmBev), o conjunto de ações da AmBev pago (em dinheiro) com ágio com recursos externos foi cancelado (pela AmBev) e emitido novo conjunto de ações (pela AmBev), em igual número e valor, para o sócio belga. Assim, se a InBev SA/NV pagou R\$ 1.975.900.189,20 por 1.612.915.545 de ações da AmBev na OPA, tornando-se a proprietária delas (a despeito de a InBev Holding Brasil possuí-las em nome da belga), nada se modificou – em relação àquele conjunto de ações – após a incorporação da holding brasileira. Com efeito, a belga passou a registrar em seu ativo, menos de 4 meses depois, o mesmo conjunto que detinha (por meio da InBev Holding Brasil) antes da incorporação da holding brasileira. A única diferença entre o antes e o depois foi o ágio de mais de 1,4 bilhão de reais (além de uma bonificação de 20% que os ordinaristas receberam da AmBev (v. parágrafo 103), que por óbvio seria concedida independentemente do país de domicílio do acionista).

No mesmo sentido foi a decisão de 1ª instância, *litteris*:

Primeiro ágio – OPA

“(…)

Embora se concorde com a Impugnante de que não havia impedimento legal para que a liquidação da operação se desse por intermédio de sua controlada indireta brasileira Inbev Holding Brasil, também deve ser reconhecido que os recursos financeiros usados para o referido pagamento eram, de fato, da titularidade da ofertante InBev S.A.

A alegação de que a capitalização da Inbev Holding Brasil faria parte de uma estratégia de consolidação das ações da AmBev na holding brasileira é frágil. Em 05/04/2005, ocorreu a liquidação da aquisição das ações feita na OPA, com recursos que haviam sido aportados, neste mesmo dia, na Inbev Holding Brasil, a título de capitalização. Todavia, se a intenção do grupo era concentrar seu investimento na holding nacional, sua incorporação pela AmBev, em 28/07/2005, isto é, menos de quatro meses do encerramento da OPA, acabou neutralizando esse efeito, ou melhor, indica que a capitalização ocorrida na OPA, bem como a posterior integralização do capital da Inbev Holding Brasil feita pela IIBV com ações da AmBev, em 30/05/2005, tiveram finalidade eminentemente tributária.

Portanto, embora formalmente regulares os instrumentos que noticiam a operação de aquisição de ações na OPA, seus efeitos tributários são impositivos perante o Fisco, uma vez que o ágio deveria ter sido reconhecido por aquela que, de fato, suportou o ônus do desembolso financeiro da operação, seja a ofertante InBev S.A, ou a IIBV que, segundo a Impugnante, é quem teria efetivamente remetido os recursos para a InBev Holding Brasil. De todo modo, seja a companhia belga, seja a holandesa IIBV, fica claro que a holding brasileira somente operacionalizou o pagamento em reais, a mando e ordem de uma companhia estrangeira que era quem, efetivamente, poderia ter reconhecido o ágio.” (fl. 12642).

Passa-se à análise.

Das Despesas com Amortização de Ágio

Sempre importante ressaltar que o ponto de partida para as discussões sobre reconhecimento do ágio, deve ser a análise dos dispositivos legais aplicáveis. De outra forma não poderia ser, haja vista estarmos frente ao Direito Tributário Brasileiro que, por sua estrita vinculação à lei, fez supor que mais do que que atinência ao princípio da legalidade, o Direito Tributário deve observância ao princípio da tipicidade cerrada.

Pois bem, em relação ao ágio pago na aquisição de participação societária, há que se observar o disposto nos artigos 385, 386 e 391 do RIR/99, *in verbis*:

“Desdobramento do Custo de Aquisição

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 nº 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 nº 1.598, de 1977, art. 20, § 1º).

§ 2º O lançamento do ágio ou deságio deverá indicar, dentre os seguintes, seu fundamento econômico (Decreto-Lei nº 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;

(...)

Amortização do Ágio ou Deságio

Art. 391. As contrapartidas da amortização do ágio ou deságio de que trata o art. 385 não serão computadas na determinação do lucro real, ressalvado o disposto no art. 426 (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 25, e Decreto-Lei nº 1.730, de 1979, art. 1º, inciso III).

*Parágrafo único. Concomitantemente com a amortização, na escrituração comercial, do ágio ou deságio a que se refere este artigo, será mantido controle, no LALUR, para efeito de determinação do ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação do investimento (art. 426)”.
(grifei)*

O art. 385 acima (reprodução do art. 20 do Decreto-Lei n.º1.598/77) determina que em caso de avaliação do investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor do patrimônio líquido, deveria o adquirente da participação societária desdobrar o custo desta aquisição em duas classificações:

- 1) valor do patrimônio líquido na época da aquisição;
- 2) ágio ou deságio, que é a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor do patrimônio líquido, apurado pelo método de equivalência patrimonial.

Tendo definido o valor de referência sobre o qual seria calculado o ágio, o legislador decidiu também delimitar os fundamentos econômicos possíveis para o lançamento do ágio, os quais, na conformidade do art. 385, § 2º do RIR/99 são eles: (i) o valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade; (ii) valor da rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros; e (iii) os fundos de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

Disso pode-se concluir que: conforme o art. 385 do RIR/99, para fins de **registro** do ágio deverá ocorrer o seguinte: (i) o efetivo pagamento do ágio; (ii) a mais-valia paga deve encontrar base em um dos fundamentos elencados pelo §2º, do artigo mencionado; e (iii) o investimento deve ser elegível à avaliação com base no método da equivalência patrimonial (cf. se extrai dos arts. 20 do Decreto-Lei nº 1.598/77; art. 248 da Lei nº 6.404/76 e art. 384, do RIR/99). Passemos à verificação da presença dos requisitos para **registro** do ágio.

In casu, o simples exame seja do desenho societário constante do formulário 20-F apresentado à SEC, transcrito pela fiscalização no item 37 do TVF, seja do passo a passo acima reproduzido, seja finalmente da ata societária pertinente (doc. 10 da impugnação), evidenciam que a belga Inbev S.A. jamais deteve participação acionária alguma na Inbev Holding Brasil, sendo que o aporte de capital na Inbev Holding Brasil não foi realizado por aquela empresa, mas sim pela empresa holandesa IIBV – Interbrew International BV.

A r. decisão recorrida, muito embora tenha reconhecido a inexistência de impedimento legal “para que a liquidação da operação se desse por intermédio de sua controlada indireta brasileira Inbev Holding Brasil” e também que foram “formalmente regulares os instrumentos que noticiam a operação de aquisição de ações na OPA”, sustentou a inoponibilidade dos efeitos tributários da operação contra o fisco pelos seguintes motivos, *verbis*:

“Portanto, embora formalmente regulares os instrumentos que noticiam a operação de aquisição de ações na OPA, seus efeitos tributários são inoponíveis perante o Fisco, uma vez que o ágio deveria ter sido reconhecido por aquela que, de fato, suportou o ônus do desembolso financeiro da operação, seja a ofertante InBev S.A, ou a IIBV que, segundo a Impugnante, é quem teria efetivamente remetido os recursos para a InBev Holding Brasil. De todo modo, seja a companhia belga, seja a holandesa IIBV, fica claro que a holding brasileira somente operacionalizou o pagamento em reais, a mando e ordem de uma companhia estrangeira que era quem, efetivamente, poderia ter reconhecido o ágio.”

(Grifei)

A decisão recorrida e o voto do Ilustre Relator ao sustentarem que a Inbev Holding Brasil teria registrado no caso um ágio de terceiros que por essa razão não poderia ter sido por ela amortizado a r. decisão recorrida e o voto do Ilustre Relator, incorreram em equívocos tanto do ponto de vista societário, como bem demonstrado por Modesto Carvalhosa em seu parecer trazido em sede de memoriais pela recorrente, como do ponto de vista contábil, como igualmente bem demonstrado por Bruno M. Salotti, Guillermo Braunbeck e L.Nelson Carvalho.

Do ponto de vista societário, o bem jurídico protegido pela norma legal que determina a realização de uma oferta pública de ações, busca proteger exclusivamente o direito dos acionistas minoritários.

De fato, para a Lei das S.A.s e para a CVM o fundamental é que ao acionista minoritário seja assegurada a possibilidade de vender suas ações em condições semelhantes (no mínimo 80% do valor) àquelas oferecidas aos ex-controladores, e jamais pretendeu negar a Recorrente o fato de que a obrigação de realizar esta oferta aos minoritários era exclusivamente da Inbev S/A.

Isto, contudo não quer dizer que a aquisição em si devesse necessariamente ser feita pela própria Inbev S/A, permitindo expressamente a CVM que tanto a aquisição em dinheiro como a aquisição com ações da Inbev S/A pudessem ser feitas por uma controlada direta ou indireta sua.

Vejam os esclarecimentos de Modesto Carvalhosa, *litteris*:

“Ao dispor a respeito da alienação indireta do controle, a norma em comento visou exclusivamente tutelar os minoritários de companhias abertas – como a AMBEV, no caso presente – em hipóteses nas quais, embora indiretamente, ocorresse a transferência do centro do poder de

controle de tais companhias, nos mesmos moldes do que se daria caso fosse realizada a negociação direta de suas ações.

Não é outra a finalidade do artigo 254-A da Lei de S/A. É, portanto, completamente irrelevante para a aplicação deste dispositivo legal se a efetiva aquisição de ações por força da OPA é implementada pela sociedade controladora direta da companhia aberta objeto, ou se por sua controladora final. Basta que, em tais situações, respeite-se o direito de venda conjunta dos minoritários em bases equitativas.

Nesse mesmo sentido é o que dispõe o artigo 3º, V, e §2º, “a”, da Instrução CVM n. 361/02, ao equiparar, para fins de realização da oferta de aquisição de ações, as sociedades adquirentes, suas controladoras e/ou controladas:

“Art. 3º – Para os efeitos desta Instrução, entende-se por:

(...)

V – ofertante: o proponente da aquisição de ações em uma OPA, seja ele pessoa natural ou jurídica, fundo ou universalidade de direitos;

(...)

§2º Presume-se representando o mesmo interesse de outra pessoa, natural ou jurídica, fundo ou universalidade de direitos, quem:

a) o controle, direta ou indiretamente, sob qualquer forma, seja por ele controlado ou esteja com ele submetido a controle comum; ou

(...)”

Isto posto, não há, no caso presente, qualquer irregularidade na transferência pela INBEV S/A para a INBEV HOLDING BRASIL da obrigação de pagamento das ações dos minoritários da AMBEV. Sendo tais ações adquiridas por valor justo e equitativo, estará, pois, plenamente atendido o artigo 254-A da Lei de S/A.

Aliás, sendo a INBEV HOLDING BRASIL a controladora direta do investimento em AMBEV e, portanto, detentora em seu patrimônio das ações de emissão de referida sociedade operacional, não há nada mais razoável que esta mesma sociedade (INBEV HOLDING BRASIL) seja a efetiva adquirente das ações de seus minoritários. Com isso, concentra-se no patrimônio de apenas uma única sociedade - sediada, a propósito, no Brasil- a participação detida naquela sociedade operacional. ” (grifos nossos e do original).

E tanto é este o entendimento da própria Comissão de Valores Mobiliários quanto à correta interpretação da lei societária que está ele claramente retratado no edital da OPA por ela aprovado constante às fls. 2212/2233 dos autos, que na cláusula 1.4.1 prevê expressamente que a aquisição em ações da Inbev S/A poderia se dar ou bem mediante emissão de novas ações por aquela companhia (como de fato ocorreu) ou então mediante pagamento por sua controlada IIBV mediante entrega de ações já emitidas e por ela detidas, e na cláusula 1.4.2 já estabelecia que a aquisição em dinheiro se daria mediante pagamento “*pela subsidiária brasileira da Inbev, Inbev Holding Brasil S.A.*”.

Vale ressaltar que, ao tratar na cláusula 1.4.1 da opção de pagamento em ações, constou expressamente do edital (fls. 2212/2233) que seria condição para a possibilidade de escolha desta opção que “*a Inbev ou a IIBV, conforme o caso, obtenha a autorização do Banco Central do Brasil (“BACEN”) para registrar, como investimento estrangeiro*”, o que evidencia o claro reconhecimento de que se o pagamento em ações da Inbev S/A fosse feito por sua controlada IIBV (com ações já em circulação e por ela detidas), tal pagamento não se daria

“em nome” da Inbev S/A mas sim em nome próprio, sendo ela quem deveria registrar o respectivo investimento junto ao BACEN.

Da mesma forma, ao tratar na cláusula 1.4.2 da opção de pagamento em dinheiro o que afirmou o edital foi justamente que *“O pagamento da Opção de Pagamento em Dinheiro será efetuado pela subsidiária brasileira da Inbev, Inbev Holding Brasil S.A. (“Inbev Brasil”)*”, não tendo jamais constado que este pagamento se daria “em nome da” Inbev S/A, tanto que inexistiu nesta cláusula a condição de aprovação do registro junto ao BACEN (que seria necessário se a adquirente fosse a ofertante belga mas é desnecessário sendo a adquirente a Inbev Holding Brasil S.A., uma empresa brasileira).

Assim, sob a perspectiva societária, não há dúvida alguma de que quem adquiriu as ações dos minoritários da Ambev que optaram pela venda em espécie foi a Inbev Holding Brasil e não qualquer outra empresa, sendo ela *“a única apta a exercer perante a sociedade objeto da oferta quaisquer direitos políticos e/ou patrimoniais decorrentes da participação societária adquirida, tais como direito de voto em assembleia geral, direito ao recebimento de dividendos quando deliberara sua distribuição, bem como, eventualmente, direitos de preferência em relação aos demais sócios, quando for o caso”*, conforme resposta de Modesto Carvalhosa ao 4º quesito da Recorrente, o que igualmente afasta por completo a assertiva da r. decisão recorrida e o voto do relator de que a aquisição teria sido feita pela Recorrente por conta e ordem de terceiro.

Do ponto de vista contábil, sendo o ágio apenas parte do custo de aquisição de uma participação acionária, é evidente que não há como se falar que a Recorrente teria registrado e amortizado um ágio de terceiros, no caso a empresa belga Inbev S.A., se como visto não foi aquela empresa nem a IIBV quem adquiriu as ações da Ambev na OPA e sim a Inbev Holding Brasil, incorporada pela Ambev.

Apenas para que não parem dúvidas a este respeito, o registro de investimento estrangeiro no Brasil junto ao Banco Central (fls. 2235/2248) evidencia claramente que as únicas ações da Ambev adquiridas pela Inbev S.A. foram aquelas 1.347.154.632 ações adquiridas na OPA dos minoritários que preferiram receber em troca ações da própria Inbev S/A no valor de EUR 502.938 em lugar de dinheiro (doc. 10, fls. 2244 e 2245 dos autos e item 70 (a) do TVF), que não se confundem com as 1.612.915.545 ações adquiridas em dinheiro pela Inbev Holding Brasil S.A. pelo valor de R\$ 1.975.932.226,20 e em nome próprio, conforme notas de corretagem de fls. 2032/2041, as quais deram origem ao ágio questionado (item 70 (b) do TVF).

E neste exato sentido são absolutamente taxativos em seu parecer os ilustres professores de contabilidade da USP Bruno M. Salotti, Guillermo Braunbeck e L.Nelson Carvalho, *verbis*:

“Adicionalmente, é importantíssimo observar que os registros contábeis da Inbev Holding Brasil, ao refletirem a realização da liquidação financeira junto aos acionistas minoritários como determinado no Edital, refletem uma operação de aquisição de ações, na qual a Inbev Holding Brasil ela mesma as adquiriu e pelas quais pagou com recursos financeiros próprios disponíveis em seu caixa.

Em outras palavras, a Inbev Holding Brasil não atuou por conta e ordem de m terceiro. Tivesse a Inbev Holding Brasil tão simplesmente atuado como um agente em nome de outra entidade, não teria registrado um investimento na Ambev, e sim um valor a receber de quem estivesse representando, valor esse decorrente do desembolso ocorrido na liquidação da OPA e que, nessa hipótese de atuação como agente intermediador, deveria ser restituído ao seu caixa pela quitação de um recebível – que não foi o caso.

(...)

No caso específico, conforme já salientamos, de que não restam dúvidas quanto à necessidade de aplicação do MEP pela Inbev Holding Brasil, é natural, óbvio e, mais importante, requerido, que o seu investimento da Ambev seja segregado em (i) valor equivalente ao PL da Ambev e (ii) o respectivo ágio, surgido da diferença positiva entre o valor pago pelas ações adquiridas dos minoritários e o valor patrimonial dessas mesmas ações. Afinal, é a Inbev Holding Brasil a adquirente de tais ações; portanto, compete a ela o registro inicial deste ágio gerado em razão da realização da OPA. A IIBV, no caso, é meramente uma investidora da Inbev Holding Brasil, e não a entidade que está adquirindo as ações, portanto, não compete a ela (nem tem ela sequer o direito e menos ainda a obrigação) o registro deste ágio, mesmo que ela estivesse sediada no Brasil. Ou seja, a operação de aquisição de ações e consequente registro do ágio é completamente neutra em relação ao aporte de capital da IIBV.

Já a Inbev, embora tenha sido a ofertante da OPA, e, portanto, quem ofereceu aos acionistas minoritários da Ambev a possibilidade de venda de suas ações à sua controlada indireta Inbev Holding Brasil, justamente por este motivo não foi a empresa que adquiriu as ações dos minoritários que optaram por receber seu pagamento em espécie. Esta aquisição foi realizada por sua subsidiária brasileira, com sacrifício de capital próprio, sendo ela quem passou a ser titular de todos os direitos de acionista da Ambev e, portanto, à rentabilidade futura que justificou o ágio pago naquela aquisição. Assim, jamais poderia a Inbev belga escriturar qualquer ágio em razão da OPA realizada.

(...)

Desse modo, tendo a Inbev Holding Brasil registrado o ágio decorrente da OPA, naturalmente caberia somente a ela, obrigada por expressa determinação legal a registrar o ágio, realizar a sua respectiva amortização, conforme previa a legislação societária e fiscal à época. ” (grifos nossos).

Assim, desde o início da operação foi ela concebida de modo a que o controle acionário da Ambev pela belga Inbev S.A. se desse por meio das empresas holding Ambrew (recebida dos antigos controladores da Ambev em troca de ações da própria Inbev S.A., e que tinha como único ativo o investimento na Inbev Holding Brasil) e IIBV, que se tornou acionista da Ambev quando lhe transferiu por incorporação o controle da Labatt.

Não infirma tal assertiva o fato de ter constado da OPA, além da possibilidade de receber dinheiro em troca de suas ações na Ambev, o direito dos acionistas de receber em troca ações da ofertante, a belga Inbev S.A. De fato, embora não fosse obrigatória tal opção foi concedida aos minoritários apenas para evitar qualquer possibilidade de questionamento no sentido de que não teriam podido auferir as mesmas vantagens concedidas aos antigos controladores.

Tanto isto é verdade que para aquela aquisição a Inbev S.A. emitiu novas ações (item 70 do TVF), e as ações da Ambev com elas adquiridas foram em seguida vendidas à IIBV, como reconhecem os ilustres fiscais autuantes no item 100 do Termo de Verificação Fiscal.

Com isto resta explicada a razão pela qual as ações adquiridas na OPA pela Inbev Holding Brasil não foram adquiridas diretamente pela belga Inbev S.A., que jamais desejou fazê-lo e diversamente do afirmado não se tornou acionista da Recorrente com a posterior incorporação da Inbev Holding Brasil, sendo certo que o dinheiro necessário para tanto foi recebido da IIBV e não daquela empresa.

Acrescente-se a isso que, tendo sido feito aporte de capital pela IIBV na Inbev Holding Brasil, quando da liquidação da OPA ela na realidade utilizou recursos próprios, porque tais recursos já haviam sido integrados ao seu patrimônio.

Resta igualmente explicada a alegada falta de lógica suscitada pelos ilustres fiscais autuantes nos itens 84 a 86 do TVF quanto à razão da diferente estruturação do pagamento em dinheiro feito aos minoritários que optaram por receber em espécie, em comparação com as ações da Recorrente cedidas pelos minoritários em troca das ações da Inbev S.A. Ora, é evidente que a Inbev Holding Brasil não tinha como emitir ações daquela empresa, o que só poderia ser feito por ela própria.

Aliás, diversamente do que afirmam os ilustres fiscais autuantes no item 87 do Termo de Verificação Fiscal, as ações da Ambev adquiridas em troca de ações da Inbev S.A. posteriormente foram sim igualmente concentradas na Inbev Holding Brasil, como sempre se desejou desde o início da operação, no momento posterior em que a IIBV contribuiu ao capital da Inbev Holding Brasil a totalidade de suas ações na Recorrente, dentre elas aquelas adquiridas pela Inbev S.A. em razão da OPA e que lhe foram alienadas, como reconhecido pela fiscalização nos itens 94 e 100 do TVF.

Não é razoável exigir-se de qualquer empresa que, estando ela obrigada a assegurar aos acionistas minoritários da Ambev o direito de vender suas ações por valor superior ao seu valor patrimonial, e podendo adquirir tais ações seja a partir do exterior seja por meio de sua controlada brasileira, fique ela obrigada a realizar tal operação da única forma pela qual não poderá usufruir do benefício de amortização do ágio que é assegurado por lei a qualquer empresa brasileira que realize esta mesma operação !

Não custa lembrar que o exame quanto à “inexistência de propósito negocial” advém de construção jurisprudencial estrangeira que não encontra validade no nosso Ordenamento Jurídico, justamente por conflitar com uma gama de princípios, como o da Legalidade tributária, descrito acima, além de outros princípios como a liberdade de iniciativa e iniciativa privada, estes últimos provenientes da Ordem Econômica.

Neste sentido, colaciono as seguintes ementas providas de Acórdãos deste Conselho:

PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. PROPÓSITO NEGOCIAL. EMPRESA VEÍCULO.

Os dispositivos legais concernentes ao registro e amortização do ágio fiscal não vedam que as operações societárias sejam realizadas, única e exclusivamente, com fins ao aproveitamento do ágio. Bem como, nota-se que tal regra não está presente em nenhum outro dispositivo legal de nosso sistema jurídico, seja nacional ou federal. Neste tom, registra-se, nenhuma norma pátria veda que a realização de negócios tenha por finalidade a redução da carga tributária de forma lícita. É o que se observa no §3º, art. 2º da Lei das SA, o qual dispõe que a companhia pode ter por objeto participar de outras sociedades (empresa veículo), também, como forma de beneficiar-se de incentivos fiscais.

Some-se a tal assertiva o fato de que a contribuinte possuía motivação negocial, clara, posto que se encontrava impedida, por regras da ANEEL, de realizar a incorporação diretamente. Motivo pelo qual se valeu de uma empresa veículo. (Acórdão nº 1302001.978; Relatora: Talita Pimenta Felix; Data da Sessão: 14/09/2016)

REQUISITOS PARA DEDUTIBILIDADE DO ÁGIO. EXISTÊNCIA DE PROPÓSITO NEGOCIAL.

Ausente conduta tida como simulada, fraudulenta ou dolosa, a busca de eficiência fiscal em si não configura hipótese de perda do direito de dedução do ágio, ainda que tenha sido a única razão aparente da operação.

A existência de outras razões de negócio que vão além do benefício fiscal, apenas ratifica a validade e eficácia da operação.

UTILIZAÇÃO DE EMPRESAVEÍCULO. LEGALIDADE. MANUTENÇÃO DA DEDUTIBILIDADE DO ÁGIO.

A utilização de empresa-veículo que viabilize o aproveitamento do ágio, por si só, não desfigura a operação e invalida a dedução do ágio, se ausentes a simulação, dolo ou fraude. (Acórdão nº 1201001.507; Relator: Luis Fabiano Alves Penteado; Data da Sessão: 14/09/2016).

Relativamente ao requisito da “confusão patrimonial” entre investidora e investida após a ocorrência de alguma das operações previstas no art. 386 do RIR/99, coadunome com a definição de Ricardo Mariz, para quem o verdadeiro sentido da norma inserta nos arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97 é permitir que a amortização fiscal do ágio ou deságio faça frente à rentabilidade futura que o fundamentou.

Nesse sentido, as afirmações da autoridade fiscal de que *para permitir a dedutibilidade da amortização do ágio, a legislação tributária se fundamenta na efetiva extinção do investimento* através dos institutos da incorporação, fusão e cisão entre empresas controladora, *a que arcou efetivamente com o desembolso do investimento, e controlada, a que foi realmente adquirida de terceiros vendedores* não se sustentam.

A exigência de que a “confusão patrimonial” se dê entre a empresa que arcou efetivamente com o desembolso do investimento e aquela que foi “realmente adquirida” constitui-se requisito distinto daqueles autorizadores da amortização do ágio, não podendo, portanto, ser utilizado pela Administração como fundamento para glosa das despesas com amortização de ágio.

Diante desses pressupostos, restam atendidos os requisitos para a dedutibilidade do ágio relativo a aquisição das ações por meio da OPA, a glosa efetuada pela fiscalização deve ser cancelada.

Diante do expoto, voto no sentido de dar provimento ao recurso voluntário do contribuinte quanto a este ponto.

Declaração de Voto

Conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado

Em que pese o bem fundamentado voto, do i. conselheiro relator, entendo que, desta feita, se está diante de uma operação de aquisição de participação societária em que foi gerado um ágio que atende aos requisitos de amortização como despesas, nos termos da legislação fiscal.

A acusação fiscal, no presente caso, centrou-se na utilização, por parte de uma empresa estrangeira (InBev SA/NV) de uma empresa veículo (InBev Holding Brasil) para a aquisição da participação societária, por meio de um oferta pública obrigatória de ações (OPA), determinada pela CVM, junto aos acionistas minoritários da empresa brasileira (AMBEV), com o único propósito de economia tributária e que a falta de outros propósitos negociais na utilização dessa empresa, vicia a operação do ponto de vista tributário, e impede o reconhecimento e a dedução do ágio pago.

A fiscalização aponta que a real adquirente da participação societária na empresa AMBEV, não seria a empresa InBev Holding Brasil (empresa veículo), mas sim a empresa belga InBev SA/NV, que foi a responsável pela capitalização da sua controlada no Brasil. Segundo a fiscalização a empresa brasileira somente foi utilizada para liquidar a operação de compra das ações juntos aos minoritários, por conta e ordem da empresa belga.

Ressalta, também, a fiscalização, o curto espaço de duração da empresa veículo e a incorporação reversa ocorrida como elementos demonstrativos da falta de substância econômica daquela empresa na operação e a conotação eminentemente tributária da operação.

A recorrente, por sua vez, defende a dedutibilidade do ágio, na medida em que a aquisição das ações da Recorrente foi feita pela Inbev Holding Brasil, com recursos próprios e em dinheiro pago a terceiros não relacionados (acionistas minoritários), tendo o ágio se fundamentado em laudo que aponta a expectativa de rentabilidade futura da participação adquirida.

Conforme transcrito no relatório, a recorrente alega quanto a esta operação :

Inicialmente, nos itens 71/72, 77 e 79 do Termo de Verificação Fiscal afirmam os ilustres fiscais autuantes que o aumento de capital na Inbev Holding Brasil, com os recursos que seriam utilizados para a aquisição das ações na OPA, teria sido realizado pela empresa belga Inbev S/A, e que posteriormente com a incorporação pela AmBev da Inbev Holding Brasil as ações adquiridas teriam retornado à belga Inbev S/A, o que os levou a indagar qual a razão então pela qual aquela aquisição já não foi feita diretamente pela belga Inbev S.A., que era quem tinha a obrigação de realizar a oferta pública e inclusive adquiriu parte das ações da AmBev relativamente aos minoritários que optaram por realizar sua troca por ações da empresa belga.

Contudo, data maxima venia, o simples exame seja do desenho societário constante do formulário 20-F apresentado à SEC, transcrito pela fiscalização no item 37 do TVF, seja do passo a passo acima reproduzido, seja finalmente da ata

societária pertinente (fls. 2684/2700 dos autos do processo administrativo nº 16561.720087/2011-81 – doc. 10 da impugnação) evidencia que a belga Inbev S.A. jamais deteve participação acionária alguma na Inbev Holding Brasil, sendo que o aporte de capital na Inbev Holding Brasil não foi realizado por aquela empresa mas sim pela empresa holandesa IIBV – Interbrew International BV.

Vale salientar que a contabilização a que se referem os ilustres fiscais autuantes no item 71 consta do Livro Razão, e não do Diário, e lá há apenas o registro da subscrição de ações, sem qualquer anotação no sentido de que tal subscrição tenha se dado pela belga Inbev S.A..

Realmente, como já visto acima a empresa belga Inbev S.A. (anteriormente Interbrew) jamais desejou deter qualquer participação acionária direta na AmBev, dentre outros motivos gerenciais tendo em vista que:

(a) diferentemente da grande maioria dos países europeus que isenta de tributação a totalidade dos dividendos recebidos de controladas estrangeiras, na Bélgica (onde está situada a Interbrew S.A.) esta isenção está limitada a 95% dos dividendos recebidos, conforme artigo de doutrina que foi objeto de tradução juramentada (doc. 05 da impugnação) e trabalho técnico da KPMG (doc. 06 da impugnação);

(b) o grupo Interbrew já possuía desde muito antes da operação em questão uma empresa holding situada na Holanda (IIBV – Interbrew International B.V.) que tinha por objetivo justamente concentrar uma grande parte de seus investimentos internacionais (doc. 07 da impugnação); e

c) era na IIBV que se encontrava o caixa necessário à aquisição de novos investimentos, dentre eles as ações da Ambev a serem adquiridas na OPA.

Além da possibilidade de receber dinheiro em troca de suas ações na AmBev, o direito dos acionistas de receber em troca ações da ofertante, a belga Inbev S.A.. De fato, embora não fosse obrigatória tal opção foi concedida aos minoritários apenas para evitar qualquer possibilidade de questionamento no sentido de que não teriam podido auferir as mesmas vantagens concedidas aos antigos controladores.

Tanto isto é verdade que para aquela aquisição a Inbev S.A. emitiu novas ações (item 70 do TVF), e as ações da AmBev com elas adquiridas foram em seguida vendidas à IIBV, como reconhecem os ilustres fiscais autuantes no item 100 do Termo de Verificação Fiscal.

Com isto resta explicada a razão pela qual as ações adquiridas na OPA pela Inbev Holding Brasil não foram adquiridas diretamente pela belga Inbev S.A., que jamais desejou fazê-lo e diversamente do afirmado não se tornou acionista da AmBev com a posterior incorporação da Inbev Holding Brasil, sendo certo que o dinheiro necessário para tanto foi recebido da IIBV e não daquela empresa.

Acrescente-se a isso que, tendo sido feito aporte de capital pela IIBV na Inbev Holding Brasil, quando do pagamento das ações adquiridas em dinheiro na OPA ela na realidade utilizou recursos próprios, porque tais recursos já haviam sido integrados ao seu patrimônio.

Resta igualmente explicada a alegada falta de lógica suscitada pelos ilustres fiscais autuantes nos itens 84 a 86 do TVF quanto à razão da diferente estruturação do pagamento em dinheiro feito aos minoritários que optaram por receber em espécie, em comparação com as ações da AmBev cedidas pelos minoritários em

troca das ações da Inbev S.A. Ora, é evidente que a Inbev Holding Brasil não tinha como emitir ações daquela empresa, o que só poderia ser feito por ela própria.

Aliás, diversamente do que afirmam os ilustres fiscais autuantes no item 87 do Termo de Verificação Fiscal, as ações da Ambev adquiridas em troca de ações da Inbev S.A. posteriormente foram sim igualmente concentradas na Inbev Holding Brasil, como sempre se desejou desde o início da operação, no momento posterior em que a IIBV contribuiu ao capital da Inbev Holding Brasil a totalidade de suas ações na Recorrente, dentre elas aquelas adquiridas pela Inbev S.A. em razão da OPA e que lhe foram alienadas, como reconhecido pela fiscalização nos itens 94 e 100 do TVF.

Com isto, efetivamente concretizou-se o declarado propósito de concentração do investimento na Inbev Holding Brasil.

Finalmente, nem se diga como sustentou a fiscalização nos itens 74/76, 80/81 e 86 do TVF que a amortização em questão não seria possível porque de qualquer modo não existiria impedimento algum a que a realização da OPA se desse por empresa estrangeira, tendo sua realização ocorrido no Brasil por razões exclusivamente fiscais, o que não se poderia aceitar.

Com efeito, a pergunta a ser feita não é saber se existia algum impedimento à liquidação da OPA por empresa estrangeira, com o que não surgiria ágio no Brasil. A pergunta é exatamente a inversa, ou seja: dada a obrigatoriedade de realização da OPA, da qual fatalmente decorreria o pagamento de um preço pelas ações da AmBev superior ao valor patrimonial, havia algum impedimento a que esta aquisição fosse feita por uma empresa brasileira?

Embora tenha votado pela manutenção da glosa do ágio relacionado à segunda operação (a contribuição pela IIBV na INBEV Holding), entendo que, diante das normas postas para sua amortização, a operação realizada pelo contribuinte atende aos pressupostos para sua utilização no caso do ágio surgido com a compra de ações por meio da OPA.

É certo que a obrigação de realizar a oferta pública para os acionistas minoritárias era da empresa belga InBev, mas inexistia vedação para a aquisição por meio de outra empresa controlada e a recorrente apontou outras razões econômico-financeiras e empresariais para que a compra fosse efetuada por meio de uma holding brasileira (Inbev Holding Brasil).

Embora o edital da OPA tenha sido lançado em nome da empresa belga InBev, é inegável que, juridicamente, as ações dos minoritários foram adquiridas pela empresa brasileira (InBev Holding Brasil), que fora capitalizada pela outra empresa do grupo, a holandesa IIBV.

Com relação ao outro fundamento da autuação, concernente à utilização de empresa veículo como forma de viabilizar a posterior amortização do ágio pago, entendo que estando devidamente comprovado nos autos que houve o efetivo pagamento (sacrifício patrimonial) para a aquisição do investimento por parte da empresa adquirente e tendo a própria lei reguladora permitido a incorporação reversa para fins de amortização da despesa, a forma utilizada pela recorrente para a realização do negócio encontra-se dentro dos limites da liberdade de organização de seus negócios, não lhe sendo vedado utilizar aquela que lhe

propicie, dentro do ordenamento legal, o menor custo tributário (maior vantagem tributária, em verdade).

É oportuno registrar que não estou entre aqueles que defendem que os contribuintes podem fazer tudo que a lei não veda.

Entendo que os negócios jurídicos realizados devem respeitar os princípios da boa-fé e a função social da empresa. Assim, não se admitem negócios puramente formais, sem qualquer substância, que visam unicamente a obtenção de benefícios fiscais, como os observados na criação de ágio em operações internas ao grupo econômico.

No presente caso, entendo que a operação se amolda à previsão legal que autoriza a amortização do ágio. Existe um valor efetivamente pago a terceiros que supera o valor patrimonial, amparado na expectativa de rentabilidade futura. Por outro lado, a adquirente foi absorvida por incorporação pela adquirida, verificando-se a confusão patrimonial exigida por lei para viabilizar a amortização da despesa.

Neste passo, com a devida vênia do entendimento fiscal e do adotado pelo i. relator, o meu entendimento é o de que a utilização da empresa chamada "veículo" para a aquisição do investimento encontra respaldo no ordenamento societário e fiscal e, efetivamente, encontra-se dentro da esfera de liberdade que a empresa tem para conduzir os seus negócios, inclusive de modo a lhe propiciar o menor custo ou a maior vantagem tributária.

Note-se que o negócio de compra e venda é real. O que se discute é se o contribuinte poderia adotar a estrutura societária que utilizou para a sua concretização.

No caso, a própria CVM, que é o órgão encarregado de fiscalizar as sociedades anônimas autorizou a realização da OPA por meio de uma holding brasileira.

Ora, ao par dos motivos apresentados pela recorrente quanto a utilização da empresa holding, ainda que esta tenha tido efêmera existência, o objetivo de aproveitar o benefício fiscal do ágio, previsto nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 (arts. 385 e 386 do RIR/1999), me parece legítimo neste caso e é parte da própria estruturação do negócio realizado, levando em conta o ordenamento societário e fiscal.

Entendo que a lei fiscal deve ser interpretada, especialmente aquelas que tratam de renúncia fiscal, em consonância com seus objetivos, não se limitando à sua literalidade. Daí meu entendimento no sentido de afastar a sua aplicação em operações internas, realizadas entre partes dependentes, sem qualquer sacrifício patrimonial e justificativa econômica.

No entanto, não se pode buscar um sentido à lei que a afaste dos institutos que ela pretende regular ou a eles se refira.

No presente caso, a possibilidade legal de aproveitamento do ágio (uma vez que este tenha ocorrido e sido demonstrado legitimamente) decorre da absorção do patrimônio de um pessoa jurídica pela outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio apurado na forma do § 2º. Inc II do art. 385 do RIR/1999, inclusive quando a empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a participação.

Assim dispõe o art. 386 do RIR/1999:

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).

Analisando o dispositivo acima, verifica-se que a confusão patrimonial decorre da **absorção do patrimônio de uma pessoa jurídica pela outra**. É este o requisito que, uma vez atendido, permite a utilização do benefício de amortização antecipada do ágio pago.

E, no caso, concreto, **a pessoa jurídica que detinha o investimento** era, indubitavelmente, a empresa holding que foi a responsável pela aquisição da participação societária no Brasil, ainda que os recursos tenham vindo, declaradamente, de empresa situada no exterior.

Portanto, os reais detentores do investimento no Brasil, neste caso, eram as empresas do grupo InBev situadas no exterior, mas ao contrário do que sustenta a fiscalização e o i. relator do voto vencido, a lei não estabelece a confusão patrimonial entre investidora (de fato) e investida, mas, sim e expressamente, entre a "**pessoa jurídica**" que detém a participação societária na outra "**pessoa jurídica**" adquirida com ágio com esta última, ou vice-versa, por meio de processos de incorporação, fusão ou cisão.

A figura da companhia holding encontra-se prevista no art. 2º, § 3º da Lei nº 6.404/1976 (Lei das S/A), *verbis*:

Art. 2º Pode ser objeto da companhia qualquer empresa de fim lucrativo, não contrário à lei, à ordem pública e aos bons costumes.

§ 1º *Qualquer que seja o objeto, a companhia é mercantil e se rege pelas leis e usos do comércio.*

§ 2º *O estatuto social definirá o objeto de modo preciso e completo.*

§ 3º **A companhia pode ter por objeto participar de outras sociedades; ainda que não prevista no estatuto, a participação é facultada como meio de realizar o objeto social, ou para beneficiar-se de incentivos fiscais.**

Da mesma forma os institutos da incorporação, fusão e cisão, estão previstos em diversos dispositivos da Lei nº 6.404/1976, em especial os seguintes:

*Art. 227. A **incorporação** é a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações.*

[...]

*Art. 228. A **fusão** é a operação pela qual se unem duas ou mais sociedades para formar sociedade nova, que lhes sucederá em todos os direitos e obrigações.*

[...]

*Art. 229. A **cisão** é a operação pela qual a companhia transfere parcelas do seu patrimônio para uma ou mais sociedades, constituídas para esse fim ou já existentes, extinguindo-se a companhia cindida, se houver versão de todo o seu patrimônio, ou dividindo-se o seu capital, se parcial a versão.*

Com efeito, todos estes institutos estão expressamente previstos na lei comercial, não podendo ter a sua definição, conteúdo e alcance serem interpretados de forma diversa para definição de seus efeitos tributários, nos termos dos art. 109 e 110 do CTN¹.

A referência às companhias e sociedades pela Lei das S/A, que detém participações em outras companhias e às operações societárias (incorporação, fusão e cisão), acima descritas, remetem à relação imediata de umas com as outras sociedades, independente do seu controle direto ou indireto por outras pessoas jurídicas.

Dito de outro modo.

A lei regula, por meio dos dispositivos citados, institutos que disciplinam o objeto das sociedades mercantis e suas transformações em caráter individual, como entidades autônomas, não importando sua condição dentro de um grupo econômico ou quem detenha o seu controle.

¹ CTN:

Art. 109. Os princípios gerais de direito privado utilizam-se para pesquisa da definição, do conteúdo e do alcance de seus institutos, conceitos e formas, mas não para definição dos respectivos efeitos tributários.

Art. 110. A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.

Ora, a lei tributária, nos casos os arts. 385 e 386 do RIR/1999 (amparados nos arts. 7ª e 8º da Lei nº 9.532/1997), simplesmente remete a estes institutos, previstos na lei comercial, para fins de definição do benefício fiscal de amortização antecipada do ágio, não existindo espaço para interpretá-los de forma diversa.

Decorre daí, também, o meu entendimento já manifestado em outros julgamentos, quanto a impossibilidade de transferência do ágio pago por uma empresa para outra criada unicamente para permitir o aproveitamento fiscal do ágio, situação, aliás, que se verifica com relação ao segundo ágio, em relação ao qual votei pela manutenção da glosa.

Embora considere que a previsão legal que autoriza a amortização antecipada do investimento como despesa, conflite com princípios de justiça fiscal e da isonomia em face dos demais contribuintes, e, ainda, que não se justifica tal incentivo tanto do ponto de vista da política fiscal quanto do ponto de vista econômico, entendo que enquanto vigente a lei, nos casos que nela se enquadrem, tal dedução deve ser respeitada pelo Fisco.

Diante desses pressupostos, estando, ao meu ver, atendidos os requisitos para a dedutibilidade do ágio relativo a aquisição das ações por meio da OPA, a glosa efetuada pela fiscalização deve ser cancelada.

Ante ao exposto, voto por dar provimento ao recurso voluntário quanto a este ponto da autuação.

(assinado digitalmente)

Conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado

Declaração de Voto

Conselheiro Marcos Antonio Nepomuceno Feitosa.

Do Recurso Voluntário

Em que pese o brilhantismo da decisão exarada pelo Ilustre Relator, peço vênica para discordar do seu entendimento em relação ao ágio decorrente da contribuição de capital pela IIBV. Vejamos os motivos:

Quanto ao ágio reconhecido em virtude da conferência das ações da Ambev no capital da Inbev Holding Brasil, decorrente da integralização do capital da Inbev Holding Brasil pela empresa holandesa IIBV, em 30/05/2005, mediante entrega das ações detidas por aquela companhia na Ambev, por seu custo de aquisição, sua amortização foi questionada pela fiscalização por dois motivos:

1) como a origem do custo de aquisição das ações da Ambev pela IIBV era (segundo a acusação fiscal) o ágio reconhecido na Labatt dinamarquesa, teria sido transferido para uma sociedade brasileira o ágio gerado fora do território nacional; e

2) o ágio decorreu da integralização de capital feita pela IIBV na Inbev Holding Brasil com ações da Ambev, sendo que com a extinção da Inbev Holding Brasil em razão de sua incorporação pela Ambev, 59 dias depois, a IIBV voltou a ser detentora (segundo a equivocada acusação fiscal) das mesmas ações que possuía antes daquela integralização de capital (a acusação fiscal é de que teria havido apenas um “passeio circular”).

Quanto ao item 1 supra, sustentam os ilustres fiscais autuantes nos parágrafos 52 a 61 do Termo de Verificação fiscal, fundamentalmente, que:

“53. Ao incorporar a Labatt Holding Bahamas (referida como Mergeco no Acordo de Incorporação), então controladora da Labatt Holding ApS, a Ambev incorporou também, nas suas demonstrações consolidadas, o ágio de mais de R\$ 16 bilhões resultante da avaliação econômica que o grupo Interbrew fez da Labatt canadense, empresa que pertencia ao próprio grupo. Se a operação que gerou o ágio na Labatt Holding ApS ficasse circunscrita ao grupo belga, tratar-se-ia de invento artificial de intangível, por não ser validada por terceiros independentes e externos ao grupo. O ágio, contudo, foi consensualmente estabelecido entre a Interbrew e a Ambev, como se pode verificar pela informação extraída das notas explicativas às demonstrações financeiras da Labatt Brewing Canada Holding Ltd. (Bahamas) relativas ao período de 23 de junho de 2004 a 24 de julho de 2004, entregues em atendimento ao Termo de Intimação n. 8, conforme abaixo: (...)”

Em que pese tenha a Recorrente demonstrado a manifesta improcedência de tais alegações, a esse respeito constou da r. decisão recorrida o seguinte:

“Embora a Impugnante afirme que não teria tido controle algum na formação desse ágio de R\$16 bilhões, uma vez que seria resultado de transação entre empresas do grupo Interbrew, as mencionadas notas explicativas da Mergeco fornecem informação de que a fiscalizada influenciou na negociação, consoante excerto de fls. 2128:

A Labatt concluiu uma série de transações em maio de 2004, relativas à Transação de Incorporação. Em decorrência dessas transações, as operações da Labatt consistem basicamente, na data do balanço, na produção de ervejas no mercado canadense (“Labatt Canada”). Em 24 de junho de 2004, a Interbrew International B.V. (“IIBV”), uma subsidiária

integral da Interbrew, transferiu sua participação acionária de 100% da Labatt Holding ApS ("LHA") à Companhia em pagamento das 1.000.000.000 de ações ordinárias da Companhia. O valor atribuído ao investimento da Companhia na LHA e às ações ordinárias emitidas como pagamento é de R\$14.791.040 (Cdn. \$6,4 bilhões) representando o valor justo da participação acionária de 100% da LHA, conforme negociado entre a Interbrew e a AmBev. O excedente do pagamento da compra em relação ao valor contábil dos ativos líquidos da Labatt de R\$2.081.080 (Cdn. \$900,5 milhões) foi contabilizado como ágio no montante de R\$16.872.122. Em 24 de junho de 2004, a alocação deste ágio apurado entre o excedente do valor justo do imobilizado e o ágio atribuível à futura rentabilidade esperada não foi concluída. Essa alocação será concluída pela AmBev após a conclusão da Transação de associação. O documento demonstra que o ágio foi consensualmente fixado entre o grupo Interbrew e a AmBev e que ele seria alocado posteriormente pela própria fiscalizada, evidenciando, ainda, sua participação ativa no processo de fixação do valor de transação envolvendo a Mergeco, IIBV e a Labatt ApS, não obstante ter negado sua influência na negociação. ” (fls. 12640/12641)

Nessas condições, cumpre demonstrar que o ágio de R\$16 bilhões referido não teve qualquer influência na fixação do preço de aquisição das ações da Ambev pela IIBV e da Labatt Holdco pela Ambev.

Com efeito, este preço foi fixado a partir de Laudos de 03 empresas independentes (Citigroup, APSIS e JP Morgan) que avaliaram a Labatt Holdco e a Ambev com base no valor de mercado dessas empresas. A Ambev e a IIBV, partes não relacionadas envolvidas no negócio, acordaram adotar o menor valor obtido nas avaliações – CAD 6.4 bilhões equivalente a R\$14 bilhões. Vale salientar que, como se verifica claramente de parecer do Banco Central do Brasil (doc. 11.2 da impugnação), o laudo do Citigroup foi realizado em 31/12/2003 e do JP Morgan em 25/02/2004, bem antes, portanto da referida escrituração do ágio pela Labatt APS.

Assim, se a Labatt APS, tomando conhecimento dessas avaliações, decidiu reavaliar seus ativos e registrar um ágio de R\$16 bilhões, a Ambev nada poderia fazer para estimular ou impedir tal procedimento, porque se trata de decisão interna da sociedade dinamarquesa, na qual a Recorrente não podia se imiscuir por ser pessoa estranha à empresa e ao grupo.

De qualquer modo, não é correto dizer que o custo de aquisição das ações da Ambev para a IIBV foi influenciado pelo registro desse ágio, porque o que ocorreu na verdade foi exatamente o contrário, as avaliações a mercado para apuração do valor das empresas envolvidas e fixação do preço da operação é que influenciaram o registro desse ágio, mas isso de qualquer modo é absolutamente irrelevante para o caso concreto, porque aquele ágio em nada interferiu no custo de aquisição das ações da Ambev registrado pela IIBV, que é aquele pelo qual o investimento foi registrado junto ao Banco Central do Brasil.

Não bastasse isso, a Recorrente, como parte não relacionada, não tinha nenhum interesse no registro deste ágio, portanto, jamais iria influenciar no seu registro, tanto que o próprio fiscal autuante reconhece que em razão do registro deste ágio a Recorrente, embora tenha pago o preço de CAD 6.4 bilhões pela participação na Labatt Aps, não pode registrar ágio algum decorrente dessa operação, “*verbis*”:

“Em razão disto a aquisição da participação na Labatt Holding ApS (Dinamarca) em virtude da incorporação da Labatt Brewing Canada Holding (Bahamas) não gerou registro de ágio pela Ambev em suas demonstrações contábeis individuais, relevantes para fins tributários e de

distribuição de lucros. Vide ata da Assembléia Geral Extraordinária de 27/08/2004”. ”

De fato, ao contrário do que afirmou a fiscalização e a r. decisão recorrida, o registro do ágio de R\$ 16 bilhões pela empresa estrangeira anulou o ágio que a Ambev registraria quando incorporou a Labatt Hodco (BAH), ágio este que a Ambev poderia amortizar integralmente se e quando incorporasse a empresa dinamarquesa.

Como consequência de todo o exposto, aquele ágio registrado no exterior pela Labatt Aps, não tendo influenciado na fixação do preço pago pela Recorrente por ocasião da incorporação da Labatt Hodco (BAH), nem no preço pago pela IIBV pela aquisição de participação na Ambev, não tem também qualquer relação com o ágio registrado no Brasil, uma vez que este se deu em momento posterior e com base em referenciais distintos, sendo certo que o valor de mercado pago pela aquisição da Labatt incorporou-se ao patrimônio Líquido da Ambev.

Não é demais repetir que o que foi consensualmente fixado entre Ambev e IIBV (como não poderia deixar de ser para que o negócio fosse realizado) foi o valor da operação de incorporação da Labatt Hodco (BAH) (Mergeco) que deu origem a um investimento da Ambev no exterior e outro da IIBV no Brasil exatamente pelo mesmo valor: CAD 6.8 bilhões ou R\$14 bilhões.

Verifica-se assim, que estão completamente equivocadas a fiscalização e a r. decisão recorrida quanto à suposta repercussão do ágio de R\$16 bilhões sobre o ágio de R\$ 7.159.056.473,94 que vem sendo amortizado pela Ambev, porque, como já dito, NÃO TIVESSE AQUELE ÁGIO SIDO REGISTRADO NA SOCIEDADE DINAMARQUESA, ESTE ÁGIO AMORTIZADO NA AMBEV SERIA EXATAMENTE DO MESMO VALOR PORQUE APURADO PELO CONFRONTO DO CUSTO DE AQUISIÇÃO DAS AÇÕES DA AMBEV PELA IIBV APURADO A VALOR DE MERCADO E REGISTRADO JUNTO AO BANCO CENTRAL (QUE NÃO MUDARIA SE O ÁGIO INEXISTISSE) E O VALOR DE PL DA PRÓPRIA AMBEV AO QUAL JÁ FORA INCORPORADO O VALOR DA LABATT.

Exatamente nesse sentido é a conclusão assertiva dos ilustres professores de contabilidade da USP Bruno M. Salotti, Guillermo Braunbeck e L.Nelson Carvalho em seu parecer:

“Um ponto importante a mencionar é que o valor econômico foi determinado a partir de 3 laudos de avaliadores independentes de notório saber e ilibada reputação (Citigroup, APSIS e JP Morgan), que avaliaram a Labatt Holdco e a AmBev com base no valor de mercado dessas empresas. A AmBev e a IIBV acordaram adotar o menor valor obtido nas avaliações. Outrossim, em função de se tratar de operação que requereu o registro do investimento na Labatt junto ao Banco Central, seu valor econômico esteve sob escrutínio do BC, que o validou na medida em que permitiu o registro do investimento direto estrangeiro por esse valor.

Não existe, portanto, qualquer vinculação entre o valor de investimentos que possam constar do balanço de uma empresa avaliada, inclusive ágios associados a esses investimentos, e as projeções de fluxos de caixa que sustentam a avaliação de seu valor econômico.

Isto posto, é possível demonstrar com razoável simplicidade a total independência entre o ágio registrado na Labatt (antes mesmo da reorganização) e o ágio registrado na Inbev Holding Brasil. Para tal, será útil imaginar três cenários. Um cenário de partida, que é o que de fato ocorreu, que denominaremos de ‘Cenário Real’. Um cenário sem ágio algum na Labatt, hipotético, que denominaremos de ‘Cenário sem ágio na Labatt’.

E finalmente, um cenário, também hipotético, em que o ágio da Labatt fosse o dobro do que aquele que de fato estava registrado, que denominaremos de ‘Cenário com ágio na Labatt dobrado’.

Portanto, nos três cenários, o único elemento variável é o valor contábil do ágio previamente existente na Labatt. Os demais elementos são fixos e aderentes ao que ocorreu de fato na reorganização, de sorte a permitir visualizar a independência entre os ágios (Labatt e Inbev Holding Brasil), conforme expresso no quadro abaixo.

Por fim, a derradeira acusação da fiscalização, acolhida pela r. decisão recorrida, foi de que não haveria propósito comercial na operação que deu origem ao ágio, pois tal ágio decorreu da integralização de capital feita pela IIBV na Inbev Holding Brasil com ações da Ambev, sendo que com a extinção da Inbev Holding Brasil em razão de sua incorporação pela Ambev, 59 dias depois, a IIBV voltou a ser detentora (segundo a equivocada acusação fiscal) das mesmas ações que possuía antes daquela integralização de capital (a acusação fiscal é de que teria havido apenas um “passeio circular”).

O julgamento quanto à existência de propósito comercial nas operações procedidas pelo recorrente pressupõe exigência de requisito diverso daquele expressamente previsto em lei para o registro do ágio. Com efeito, o intérprete da lei tributária está obrigatoriamente restrito ao campo da legalidade. Qualquer interpretação que fuja à “moldura” desenhada pela Lei, reputa-se inadmissível.

A despeito disso, os ilustres fiscais autuantes analisaram as operações em causa de forma isolada, destacando-as do conjunto de operações levadas a efeito para viabilizar a transferência do controle acionário da Ambev para o Grupo Belga, quando é certo que tais operações foram apenas os últimos passos da referida negociação, revelando-se importantes e mesmo fundamentais para que pudesse ser alcançado o objetivo de concentração do investimento na IIBV e diluição da participação da Ambrew, bem como assegurar, em relação ao ágio pago pela aquisição do controle da Ambev, que não fosse perdido o benefício que a legislação brasileira oferece aos investidores em situações iguais a essa.

Ora, deve-se ter em mente que o sistema pressupõe uma coerência entre as normas jurídicas observadas com fundamento na norma hipotética fundamental. Para que uma norma seja considerada jurídica, e, portanto, seja incluída no ordenamento jurídico, esta deve guardar coerência com a norma que dá fundamento ao sistema. Se não houver a mencionada correspondência, nem se poderá dizer que a referida norma é jurídica.

Com efeito, a norma que outorga validade ao sistema jurídico é a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, devendo toda norma que se pretenda jurídica guardar relação de pertinência com as hipóteses descritas na mesma. Uma vez que se verifique a inobservância de quaisquer dos preceitos constitucionais, a norma de qualquer natureza deve ser imediatamente expurgada do sistema.

Assim, a norma vigente no ordenamento pressupõe tanto a obediência aos preceitos constitucionais, quanto a harmonização com as demais normas do sistema que, por sua vez, também devem obedecer às hipóteses constitucionais. Consequentemente, a obrigação tributária bem como a atividade do Fisco que a exige, devem sempre vir respaldadas pela Lei; caso contrário, o ato administrativo que objetive a cobrança do tributo será nulo.

Olhando para a legislação em vigor à época do período fiscalizado, vê-se que o artigo 20, *caput*, inciso II; e § 2º, alínea “b”, do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de

1977, não apenas possibilitava, mas obrigava que as pessoas jurídicas que detivessem investimentos em controladas e coligadas, ao realizar escrituração pelo MEP, que desdobrassem o custo destas (i) no valor do patrimônio líquido existente no momento da aquisição da respectiva empresa investida e (ii) no ágio ou deságio eventualmente suportado para a aludida aquisição.

Cumulativamente, o artigo 7º da Lei 9.532/97, possibilitava o aproveitamento do ágio à fração de 1/60 ao mês, desde o momento em que o ágio escriturado pela investidora viesse a ser confrontado, em um mesmo acervo patrimonial, com os lucros advindos da empresa investida que justificaram o pagamento desse sobrepreço por expectativa de rentabilidade futura.

No presente caso, com os documentos carreados aos autos, assim como o fato da fiscalização jamais ter questionado o fundamento econômico do ágio ou laudo apresentado, resta ao aplicador do Direito, apenas, a tarefa de subsumir os fatos à norma, sendo irrelevantes quaisquer juízos de valor relativos à intenção com a qual o contribuinte incorreu na hipótese legal.

Logo, se a lei não distingue sobre a forma pela qual se procedeu para obter-se o ágio; não distinguiu quanto ao tempo decorrido entre a constituição dos atos societários de uma empresa e sua posterior incorporação; não dispôs sobre a necessidade de independência entre as partes vinculantes; e não distinguiu as operações societárias feitas com propósito negocial, ou não, não deverá o intérprete da norma proceder a esta distinção.

Ives Gandra da Silva Martins, em Parecer constante da Revista Dialética de Direito Tributário nº 187, preleciona:

“É elementar o princípio hermenêutico de que “ubi lex non distinguit, distinguere non debemus”, axioma que vem de priscas eras, inspirado no Direito Romano, pelo qual o intérprete não pode se transformar em legislador positivo. Sempre que o intérprete distinguir, onde a lei não distingue, estará criando hipótese legislativa não constante de lei e substituiu-se ao legislador positivo, passando de exegeta a produtor de leis”.

No sobredito parecer, o renomado Professor analisa o aproveitamento do ágio da integralização do em caso deveras semelhante ao aqui julgado. Adiante, esclarece que:

“...a interpretação econômica não foi recepcionada, quando promulgado o CTN. Os artigos 107 e 112 do CTN não admitem a imposição de tributos, sob a alegação de que “não haveria escopo econômico” na operação legalmente realizada pelo contribuinte à luz do direito privado. Ao contrário, impõe que a interpretação mais benéfica em favor do contribuinte (artigo 112 do CTN) e que a analogia só pode ser usada em favor dele; nunca contra o contribuinte, para exigir tributos (artigo 108, parágrafo 1º).

É que a estrita legalidade não admite, de um lado, que uma operação legal possa ser desconsiderada por não ter o contribuinte demonstrado “escopo econômico” e, de outro, que, entre duas formas legais de atuar, ele seja obrigado a adotar aquela forma que implicar maior imposição.

(...)

A falta de “proposta negociada” não está consagrada em nenhum dispositivo da legislação tributária, não podendo ser confundida com “simulação”, que pressupõe operação escusa, escondida e não feita “às claras”, como ocorreu no caso da consulente.”

Não obstante, sob a ótica da lógica ainda é possível infirmar a argumentação Fazenda Nacional quanto à necessidade de propósito negociado nas sobreditas operações de reestruturação societária. Isto porque, a Lei do Terceiro Excluído (em latim, *principium tertii exclusi ou tertium non datur*) afirma que para qualquer proposição, ou esta proposição é verdadeira, ou sua negação é verdadeira. Desta forma, à título de exemplo, não seria possível a seguinte construção: se praticada a conduta A, então deve ser B; porém, se praticada a conduta A, psicologicamente motivada pelo propósito Z, então deve ser C. Impossível!

O Direito Tributário deve se ater, exclusivamente, aos eventos ocorridos no mundo fático, posto que jungido à tipicidade cerrada. Não há espaço para a análise subjetiva das condutas. Deve-se ater ao disposto em lei.

A análise da motivação subjetiva com a qual os contribuintes atuaram em conformidade com a lei tributária é uma afronta à segurança jurídica que as normas objetivam conferir. A norma jurídica tributária, por exemplo, está submetida aos princípios da estrita legalidade (apenas o que estiver plenamente desenhado na lei obriga), da tipicidade fechada (impõe que o legislador preveja, na maior medida do possível, os aspectos necessários à constituição do fato gerador) e o princípio da reserva da lei (vincula a imposição tributária à reserva de lei formal, entendida como aquela elaborada com participação precípua da representação popular).

Para o debate em tela, reservo-me à análise do princípio da estrita legalidade que, em outras palavras, decorre do caráter de restrição imputados tanto à Administração quanto ao Administrado. Sobre o referido princípio Hely Lopes Meirelles (Direito Administrativo Brasileiro. 35ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 41.) expressa:

“A legalidade, como princípio de administração (CF, art. 37, caput), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.

A eficácia de toda a atividade administrativa está condicionada ao atendimento da Lei e do Direito. É o que diz o inc. I do parágrafo único do art. 2º da Lei n. 9.784/99. Com isso, fica evidente que, além da atuação conforme à lei, a legalidade significa, igualmente, a observância dos princípios administrativos.”

Como exposto, o princípio da estrita legalidade aplicado à Administração (Legalidade da administração), compreende a ideia de subordinação da Administração Pública às leis; sendo deferido à Administração, unicamente, o procedimento daquilo expressamente determinado em lei.

Estando, o ato administrativo, estritamente aprisionado aos quadrantes da lei, não cabe à Administração adentrar na motivação do particular em proceder conforme os ditames legais. A alegação de “inexistência de propósito negociado” advém de construção jurisprudencial estrangeira que não encontra validade no nosso Ordenamento Jurídico,

justamente por conflitar com uma gama de princípios, como o da estrita legalidade tributária, descrito acima, além de outros princípios como a liberdade de iniciativa e iniciativa privada, estes últimos provenientes da Ordem Econômica.

Neste sentido, colaciono as seguintes ementas de Acórdãos deste Conselho:

*PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. PROPÓSITO
NEGOCIAL. EMPRESA VEÍCULO.*

Os dispositivos legais concernentes ao registro e amortização do ágio fiscal não vedam que as operações societárias sejam realizadas, única e exclusivamente, com fins ao aproveitamento do ágio. Bem como, nota-se que tal regra não está presente em nenhum outro dispositivo legal de nosso sistema jurídico, seja nacional ou federal. Neste tom, registra-se, nenhuma norma pátria veda que a realização de negócios tenha por finalidade a redução da carga tributária de forma lícita. É o que se observa no §3º, art. 2º da Lei das SA, o qual dispõe que a companhia pode ter por objeto participar de outras sociedades (empresa veículo), também, como forma de beneficiar-se de incentivos fiscais.

Some-se a tal assertiva o fato de que a contribuinte possuía motivação comercial, clara, posto que se encontrava impedida, por regras da ANEEL, de realizar a incorporação diretamente. Motivo pelo qual se valeu de uma empresa veículo. (Acórdão nº 1302001.978; Relatora: Talita Pimenta Felix; Data da Sessão: 14/09/2016)

*REQUISITOS PARA DEDUTIBILIDADE DO ÁGIO.
EXISTÊNCIA DE PROPÓSITO NEGOCIAL.*

Ausente conduta tida como simulada, fraudulenta ou dolosa, a busca de eficiência fiscal em si não configura hipótese de perda do direito de dedução do ágio, ainda que tenha sido a única razão aparente da operação.

A existência de outras razões de negócio que vão além do benefício fiscal, apenas ratifica a validade e eficácia da operação.

*UTILIZAÇÃO DE EMPRESA-VEÍCULO. LEGALIDADE.
MANUTENÇÃO DA DEDUTIBILIDADE DO ÁGIO.*

A utilização de empresa-veículo que viabilize o aproveitamento do ágio, por si só, não desfigura a operação e invalida a dedução do ágio, se ausentes a simulação, dolo ou fraude. (Acórdão nº 1201001.507; Relator: Luis Fabiano Alves Penteado; Data da Sessão: 14/09/2016).

As ementas acima são contundentes por afirmarem que a existência de propósito negocial seria apenas um “*plus*” para demonstrar a validade e lisura das operações societárias, não havendo fundamento legal para a referida exigência no âmbito da legalidade, nem cabendo à Administração realizar exigências diversas das previstas em lei.

Neste sentido, é importante pontuar que a lei tributária assume seu atributo de imperatividade quando constatada a ocorrência do fato jurídico tributário, não tolerando outra conduta do sujeito passivo que não o adimplemento da obrigação tributária, sob pena de sanção punitiva.

Por conseguinte, a imperatividade da lei tributária reside, justamente, no conseqüente de sua norma, ou seja, na obrigação do sujeito passivo em recolher um valor exprimível em moeda ao sujeito ativo da prestação. Esta obrigação decorre da verificação de um fato ocorrido em determinada local e tempo, e constituída por meio do lançamento tributário. Logo, se o atributo imperativo da lei tributária está em seu conseqüente, conclui-se que somente haverá fraude à referida lei, se seu comando (recolher tributo) for frustrado por quem incorra no fato jurídico tributário.

Não existe, contudo, qualquer comando imperativo no antecedente da norma tributária obrigando o particular a incorrer no fato jurígeno tributário e/ou naquele fato mais oneroso, sendo ele livre para organizar-se da forma que, lícitamente, lhe oferte menor oneração.

Acreditando ter demonstrado meu posicionamento, concluo afirmando que não é possível ao intérprete da lei adentrar o mérito do propósito negocial com que a operação foi realizada.

A Administração tem sua atuação vinculada à Lei, e, uma vez que percebe a semelhança de uma ocorrência, no mundo dos fatos, de uma conduta prevista no ordenamento jurídico, é obrigada a subsumir os fatos à norma, encerrando aí, sua participação no processo de positivação.

No caso em apreço, como demonstrado pela recorrente o custo de aquisição do investimento na Ambev em razão do aumento de capital realizado pela IIBV na Inbev Holding Brasil correspondeu a preço efetivamente pago entre empresas não relacionadas, o que faz com que tenham sido preenchidos critérios que a lei impõe para reconhecer ao contribuinte o direito à amortização do ágio na forma prevista pelo artigo 7º, inciso III da Lei nº 9.532/97.

Diante do exposto, dou provimento ao recurso voluntário do contribuinte quanto a este ponto.

Do Recurso de Ofício

Multa Qualificada

A fiscalização qualificou a multa de ofício por considerar que, tanto no ágio gerado na oferta pública quanto no gerado por conferência de ações, a Contribuinte agiu de forma fraudulenta, nos termos descritos no artigo 72 da Lei nº 4.502, de 1964, *verbis*:

Art . 72. Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir

ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido a evitar ou diferir o seu pagamento.

Resumidamente, assim se manifesta a autoridade administrativa:

OPA

137. A forma adotada pelo grupo belga para artificialmente contabilizar em sua controlada brasileira Inbev Holding Brasil, no tocante à OPA realizada para aquisição das ações em circulação da AmBev, um ágio originado pela “escala” que o dinheiro remetido pela InBev SA fez na InBev Holding Brasil (diferentemente do pagamento em ações feito pela mesma InBev SA aos acionistas que trocaram ações da brasileira por ações da belga) teve a clara intenção de revestir de legalidade uma operação cujo propósito principal (se é que não o único) foi reduzir as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL.

138. A previsão disposta na cláusula 10.04, ‘d’, do Contrato de Contribuição e Subscrição, por meio da qual a InBev Holding Brasil foi empregada para concentrar as ações da AmBev detidas pelo grupo Interbrew, faz sentido quanto às ações antes detidas pelo grupo brasileiro (ex-controladores da AmBev). A falta de lógica fica patente, contudo, quanto às ações adquiridas na OPA, uma vez que as pagas em dinheiro fizeram a “escala”, enquanto as pagas com ações da InBev SA seguiram diretamente para os belgas. É evidente que, independentemente da forma de pagamento, as ações deveriam seguir diretamente para os belgas, pois não faz sentido concentrar ativos que já eram detidos por eles, ainda mais porque, em seguida, aquelas ações que foram “concentradas” na holding brasileira (OPA) voltaram para o grupo Interbrew quando da incorporação da InBev Holding Brasil.

Conferência de Ações

149. O mesmo descasamento entre formalização e a verdadeira intenção ocorreu no caso da integralização realizada pela IIBV na holding brasileira. A conferência no capital foi feita mediante ações da AmBev detidas pela IIBV, que recebera parte delas no ato da incorporação da Labatt Holding Bahamas, enquanto outra parte fora recebida da InBev SA, que adquirira na OPA ações ON diretamente dos acionistas que optaram por receber como pagamento ações da belga. Note-se: todo esse conjunto já estava de posse da IIBV, que nesse momento já era uma subsidiária da InBev SA. A integralização feita com esse conjunto na InBev Holding Brasil, que concentrava ações

da AmBev antes detidas por ex-controladores brasileiros e que deveriam passar às mãos dos belgas, retornou, apenas 59 dias após a integralização (quando da incorporação da holding brasileira pela sua controlada AmBev), às mãos de quem acabara de integralizar aquele conjunto de ações. Ou seja, “concentrou-se” algo que já estava concentrado em suas mãos, exatamente porque, não obstante a total falta de lógica disso, poder-se-ia auferir uma monumental economia tributária.

150. Desse rápido “passeio circular” das ações da AmBev detidas pelos belgas, ficou como “prêmio” no Brasil um ágio de mais de R\$ 7,1 bilhões, recebido pela fiscalizada e indevidamente pago pelo restante dos cidadãos brasileiros. Analogamente à documentação que serviu de suporte às operações relacionadas à OPA, a formalização representativa da integralização pretendeu retratar juridicamente uma realidade que de fato se mostrou outra. A circularização das ações demonstra que as várias operações engenhadas tiveram a finalidade de criar artificialmente um intangível cuja amortização reduziria as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL.

E conclui:

152. A demonstração da clara intenção de representar juridicamente operações de forma diversa do que na realidade representavam, com o fim de obter dolosamente uma economia tributária ilícita, enseja a aplicação da multa qualificada estabelecida pelo art. 44, §1º, da Lei n. 9.430/96.

A 2ª Turma da DRJ de Belo Horizonte, no acórdão recorrido, afastou a qualificadora, o que motivou o recurso de ofício em julgamento, fundamentando sua decisão nos seguintes termos:

Inegável que o tema do aproveitamento tributário de ágio originado em reorganizações societárias em relações intra-grupos é polêmico e tem gerado manifestações no meio jurídico em ambos sentidos: considerando-o conforme a lei ou contrário a ela. A existência da controvérsia nos diversos foros é, ao meu ver, suficiente para sustentar a existência de interpretações factíveis que, não obstante, incompatíveis, preenchem a “moldura legal” fixada pela norma. Os limites definidos pela lei nesse tipo de operação societária comportam espaço para interpretações divergentes.

Portanto, por entender que não há evidente intuito de fraudar quando a controvérsia diz respeito fundamentalmente a questões jurídicas, de direito, de lei,

de interpretação e ou aplicação dos preceitos normativos, voto pela procedência da impugnação em relação à qualificação da multa, mantendo-a no percentual de 75%.

A Recorrente, por sua vez, em poucas linhas, argumenta:

IV) Improcedência da aplicação ao caso da multa qualificada por não ocorrerem no caso as situações previstas nos artigos 44, § 1º da Lei 9.430/96 e 71, 72 e 73 da Lei 4.502/64, em especial pela inocorrência de fraude nos termos em que definida no art. 72 da Lei 4.402/64 e 1º da Lei 8.137/90, sendo certo que a simples intenção de obtenção de economia tributária não pode ser tida como dolo para a qualificação da multa;

A PGFN reproduz os argumentos dos Auditores Fiscais autuantes e pede o provimento do recurso de ofício.

No Acórdão 1103001.151, a 3ª Turma Ordinária da 1ª Câmara, analisando o mesmo caso presente, mas dos lançamentos relativos aos anos-calendário de 2005 a 2010, considerou que não estavam presentes os elementos ensejadores da qualificação, decisão tomada por maioria de votos. Assim se manifestou o Relator, no voto condutor do acórdão:

Casos de amortizações de ágio em reorganizações societárias têm sido enfrentados por esta turma. No julgamento dos recursos ex officio e voluntário interpostos no processo nº 10970.720351/2011-88, no qual atuei como relator, tive a oportunidade de expressar o meu entendimento sobre o tema no voto condutor do Acórdão nº 1103000.960, de 06/11/2013, assim resumido:

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. AUSÊNCIA DE PROPÓSITO NEGOCIAL. UTILIZAÇÃO DE EMPRESA VEÍCULO. SIMULAÇÃO. MULTA QUALIFICADA. A sucessão de eventos modificativos de controle societário em um mesmo grupo empresarial sem qualquer finalidade comercial que resulte em incorporação de pessoa jurídica em cuja contabilidade constava registro de ágio com fundamento em expectativa de rentabilidade futura, com utilização de empresa veículo, unicamente para criar de modo artificial as condições para aproveitamento da amortização do ágio como dedução na apuração do lucro real, caracteriza simulação montada para o fim exclusivo de economia tributária, o que autoriza o lançamento de ofício com imposição de multa qualificada em razão do intuito de fraude demonstrado.

Há no caso sob exame um contexto de fato diverso do encontrado naquele acima mencionado. Todos os atos foram praticados com observância das formalidades legais e não foi identificada a utilização de empresa veículo ou

qualquer outro elemento fraudado, fato reconhecido pela autoridade fiscal no TVF e na decisão de primeira instância.

Ocorreu efetivamente abuso de direito, conforme definido no art. 187 do vigente Código Civil – Lei 10.406/2002, com a seguinte redação:

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.

Trata-se, com efeito, de dedução indevida, mas sem a imposição de multa qualificada. Novamente pertinente a citação do ensinamento de Rubens Gomes de Souza, referida acima, no exame da amortização do ágio: no caso concreto, identifica-se dos efeitos econômicos dos atos praticados consequência tributária diversa da interpretação dada pela recorrente, só isso. Inexiste nos autos prova de tentativa fraudulenta de encobrir ou mascarar os fatos.

O caso examinado pressupõe a aplicação da multa no percentual ordinário de 75%.

(Grifei)

O Ilustre Relator afastou a multa qualificada da operação OPA e a restabeleceu em relação a conferência de ações da IIBV com base nos seguintes argumentos:

Contudo, no que se refere à conferência de ações vejo uma atuação, totalmente diferente. Primeiro que é uma operação totalmente desnecessária e executada com o único intuito de provocar uma economia absurda de tributos, de forma artilosa. Embora as operações sejam formalmente corretas, seu conjunto demonstra que em apenas 57 dias a situação retornou à origem: (i) as ações (até então na IIBV) são vertidas para a holding brasileira, que é incorporada pela investida; (ii) a AMBEV cancela as ações detidas pela incorporada e emite a mesma quantidade de ações em nome da IIBV.

Resumindo, em 57 dias, o "passeio" das ações pela Imbev Brasil resultaram, apenas, na criação deste ágio significativo de mais de 7 bilhões de reais.

Cabe aqui o questionamento: basta estarem as operações formalmente corretas para que seja afastada a multa qualificada? Entendo que não.

Ainda que as operações se apresentem formalmente corretas, mas o resultado seja, apenas, a criação de condições para que o ágio criado seja amortizável fiscalmente, ou que isto seja "viabilizado" nas palavras da

Recorrente, tenho claro que estamos diante de uma atitude de mascaramento da realidade, de subversão dos fatos realmente ocorridos, para impor prejuízo Fisco com a indevida redução dos tributos incidentes.

A bandeira da realidade só pode ser desfraldada com uma minuciosa ação da fiscalização federal, haja vista a complexidade das operações.

Independentemente da natureza das ações vistas como um todo: se fraude à lei, motivo de nulidade; ou se abuso de direito, motivo de ilicitude, fato é que a realidade só aparece a partir dessa acurada auditoria: a operação que "viabilizou" o que não tinha que ser viabilizado, pois que nasceu indedutível, foi desprovida de qualquer propósito negocial e foi intencionalmente empreendida dentro do grupo econômico para impor à União um ônus de aproximadamente 2 bilhões de reais.

Não tenho dúvidas quanto ao dolo, enquanto vontade de agir para a obtenção do resultado; não tenho dúvidas, também, de que quando agiu a Recorrente atuou para mascarar a realidade, possibilitando a alteração das características essenciais do fato gerador, por meio da dedução fiscal de um ágio cuja amortização não encontra respaldo legal, mesmo por se tratar de despesa desnecessária à obtenção de seu objetivo social.

Dou provimento parcial ao Recurso de Ofício para restabelecer a multa qualificada quanto ao ágio relativo à contribuição de ações pela IIBV na Imbev Holding Brasil.

(Grifei)

Não há dúvidas, que o termo sonegação, no sentido da legislação tributária reguladora do IRPJ, PIS, COFINS e CSLL, “é toda ação ou omissão dolosa, tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária, da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais ou das condições pessoais do contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.”

Porém, para a legislação tributária reguladora do Imposto de Renda, o conceito acima integra, juntamente com o de fraude e conluio, o de “evidente intuito de fraude”. Como se vê a legislação tributária, reporta-se aos artigos 71, 72 e 73 da Lei n.º 4.502/64, que preveem o intuito de se reduzir, impedir ou retardar, total ou parcialmente, o pagamento de uma obrigação tributária, ou simplesmente ocultá-la.

Acumularam-se duas premissas no voto do I. Relator: **1)** a existência de operação totalmente desnecessária e executada com o único intuito de provocar uma economia absurda de tributos, de forma artilosa. Embora as operações sejam formalmente corretas, seu conjunto demonstra que em apenas 57 dias a situação retornou à origem: (i) as ações (até então na IIBV) são vertidas para a holding brasileira, que é incorporada pela investida; (ii) a AMBEV cancela as ações detidas pela incorporada e emite a mesma quantidade de ações em nome da IIBVs, e; **2)** Independentemente da natureza das ações vistas como um todo: se fraude à lei, motivo de nulidade; ou se abuso de direito, motivo de ilicitude, fato é que a realidade só

aparece a partir dessa acurada auditoria: a operação que "viabilizou" o que não tinha que ser viabilizado, pois que nasceu indedutível, foi desprovida de qualquer propósito negocial e foi intencionalmente empreendida dentro do grupo econômico para impor à União um ônus de aproximadamente 2 bilhões de reais.

A meu sentir, a qualificação da multa, em casos como dos autos, importaria em equiparar uma prática claramente identificada, aos fatos delituosos mais ofensivos à ordem legal, em que o agente sabe estar praticando o delito e o deseja, a exemplo de: adulteração de comprovantes, nota fiscal inidônea, conta bancária fictícia, falsificação documental, documento a título gracioso, falsidade ideológica, nota fiscal calçada, notas fiscais de empresas inexistentes (notas frias), notas fiscais paralelas, etc.

O fato de alguém - pessoa jurídica – amortizar despesas de ágio, pode ser considerado de plano com evidente intuito de fraudar ou sonegar tributos? Obviamente que não.

Por que não se pode reconhecer na amortização de despesa de ágio, a imposição de multa qualificada? Por uma resposta muito simples, tal como acontece no presente processo. É porque existe o entendimento fiscal que a despesa de amortização de ágio é indedutível, mas não existe a prova da evidente intenção de sonegar ou fraudar, já que nos documentos acostados aos autos inexistem as fraudes.

É princípio geral de direito universalmente conhecido de que multas e os agravamentos de penas pecuniárias ou pessoais, devem estar lisamente comprovadas. Trata-se de aplicar uma sanção e neste caso o direito faz com cautelas para evitar abusos e arbitrariedades.

Acresce ainda, que de qualquer forma, não poderia a fiscalização impor multa aplicável somente aos casos de fraude, haja vista que esta pressupõe a responsabilidade pessoal do agente, o que não se verifica no presente caso.

O evidente intuito de fraude não pode ser presumido. Tirando toda a subjetividade dos argumentos apontados, resta apenas de concreto a interpretação sobre a dedutibilidade/indedutibilidade da despesa de amortização de ágio.

Da análise dos documentos constantes dos autos e das suposições da autoridade administrativa lançadora e do voto do Ilustre Relator não se pode dizer que houve o "evidente intuito de fraude" que a lei exige para a aplicação da penalidade qualificada.

Não bastam meros indícios, seria necessário que estivessem perfeitamente identificadas e comprovadas as circunstâncias materiais do fato, com vistas a configurar o evidente intuito de fraude, praticado pela recorrente com relação à dedutibilidade do ágio.

Há pois, neste processo, a ausência, inegável, do elemento subjetivo do dolo, em que o agente age com vontade de fraudar - reduzir o montante do imposto devido, pela inserção de elementos que sabe serem inexatos.

Quando a lei se reporta à evidente intuito de fraude é óbvio que a palavra intuito não está em lugar de pensamento, pois ninguém conseguirá penetrar no pensamento de seu semelhante. A palavra intuito, pelo contrário, supõe a intenção manifestada exteriormente, já que pelas ações se pode chegar ao pensamento de alguém. Há certas ações que, por si só, já

denotam ter o seu autor pretendido proceder desta ou daquela forma para alcançar tal ou qual finalidade. Intuito é, pois, sinônimo de intenção, isto é, aquilo que se deseja, aquilo que se tem em vista, ao agir.

No caso em julgamento a ação que levou a autoridade lançadora a entender ter a recorrente agido com fraude está apoiado, no fato de amortizar despesa de ágio que ela entendeu por inexistente.

Ora, o evidente intuito de fraude floresce nos casos típicos de adulteração de comprovantes, adulteração de notas fiscais, conta bancária fictícia, falsidade ideológica, notas calçadas, notas frias, notas paralelas, etc.

Não basta que atividade seja ilícita para se aplicar à multa qualificada, deve haver o evidente intuito de fraude, já que a tributação independe da denominação dos rendimentos, títulos ou direitos, da localização, condição jurídica ou nacionalidade da fonte, da origem dos bens produtores da renda, e da forma de percepção das rendas ou proventos, bastando, para incidência do tributo, o benefício do contribuinte por qualquer forma e a qualquer título.

Enfim, não há no caso a prova material suficiente da evidente intenção de sonegar e/ou fraudar o tributo. Não há, pois, neste processo o elemento subjetivo do dolo, em que o agente age com vontade de fraudar - reduzir o montante do tributo devido, pela inserção de elementos que sabe serem inexatos, pelo contrário, todos os dados obtidos pela fiscalização para quantificação dos tributos aqui exigidos foram extraídos da própria contabilidade da recorrente e de informações por ela entregues a fiscalização.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso de ofício quanto a este ponto.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Conselheiro Marcos Antonio Nepomuceno Feitosa