



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

Processo n° 16561.720069/2016-11
Recurso n° De Ofício e Voluntário
Acórdão n° 1401-002.822 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 14 de agosto de 2018
Matéria IRPJ
Recorrentes CAMARGO CORRÊA S/A e
FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 1999, 2000, 2001, 2002

NULIDADE. DECISÃO DA DRJ QUE INOVA NA FUNDAMENTAÇÃO. É nula a decisão da DRJ que mantém a autuação com base em fundamento que não constou do auto de infração, por operar em cerceamento do direito de defesa da contribuinte.

AUTO DE INFRAÇÃO. ALTERAÇÃO PELA DECISÃO DE 1ª INSTÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. MUDANÇA DO CRITÉRIO JURÍDICO. ART. 146 DO CTN.

Não se afigura possível à autoridade julgadora de primeira instância alterar o fundamento do lançamento, adotando-se um novo critério, diverso daquele apontado pela autoridade fiscal no auto de infração.

Referida alteração configura mudança do critério jurídico, o que é vedado pelo artigo 146 do CTN, caracterizando inovação e aperfeiçoamento do lançamento.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, dar provimento ao recurso para declarar a nulidade da decisão recorrida, por alteração do critério jurídico da respectiva decisão. Restou prejudicada a análise do Recurso de Ofício. Vencidos os Conselheiros Luiz Rodrigo de Oliveira Barbosa, Cláudio de Andrade Camerano e Luiz Augusto Souza Gonçalves.

(assinado digitalmente)

Luiz Augusto de Souza Gonçalves - Presidente.

(assinado digitalmente)

Luciana Yoshihara Arcangelo Zanin- Relatora.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Luiz Rodrigo de Oliveira Barbosa, Lívia de Carli Germano, Abel Nunes de Oliveira Neto, Luciana Yoshihara Arcangelo Zanin, Claudio de Andrade Camerano, Daniel Ribeiro Silva, Letícia Domingues Costa Braga e Luiz Augusto de Souza Gonçalves (Presidente).

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário e de Ofício interposto contra o acórdão proferido pela Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Belo Horizonte – DRJ/BHE, que manteve parcialmente o lançamento consubstanciado no Auto de Infração lavrado em face de CAMARGO CORRÊA S.A. para (a) CONSIDERAR PROCEDENTE EM PARTE a impugnação ora em exame, (a.1) afastando a hipótese de dolo e (a.2) excluindo da base de cálculo o ano-calendário de 2010, por decaído o direito da Fazenda da União ao respectivo lançamento e, por conseguinte, reduzir o valor do IRPJ a R\$ 28.531.887,18 e o da CSLL a 10.280.119,38, ambos sujeitos ao acréscimo de juros moratórios, de multa por lançamento de ofício no percentual de 75% e à multa exigida isoladamente no percentual de 50%; e (b) por AFASTAR A RESPONSABILIZAÇÃO SOLIDÁRIA de VITOR SARQUIS HALLACK, LUIS ROBERTO ORTIZ NASCIMENTO, ALBRECHT CURT REUTER-DOMENECH, JOSÉ EDISON BARROS FRANCO e JOSÉ ALBERTO DINIS DE OLIVEIRA, qualificados nos autos.

Conforme elementos dos autos, contra a sociedade acima qualificada foi lavrado Auto de Infração que lhe exige o pagamento de Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica (IRPJ) e, em decorrência, de Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), no montante decR\$ 209.767.734,58.

De acordo com o Termo de Verificação Fiscal, os fatos constatados pela fiscalização foram os seguintes:

O procedimento fiscal teve início em 15/06/2015 (fls. 2 a 4 do processo), mediante o Termo de Distribuição de Procedimento Fiscal nº 0818500-2015-00136-8, que determinou a verificação da legalidade da amortização de ágio pela fiscalizada, na aquisição da empresa “Átila Holdings S/A”. O citado benefício teria sido utilizado pela empresa para redução do lucro real nos ACs 2011, 2012 e 2013.

[...]

Para facilitar a inteligência das operações, listam-se abaixo as sociedades envolvidas nas reorganizações societárias:

a) Camargo Correa S/A (CCSA), CNPJ: 01.098.905/0001-09, empresa ora fiscalizada.

b) Átila Holdings (ÁTILA), CNPJ: 07.305.671/0001-00, empresa adquirida pelo grupo CAMARGO CORREA.

c) VBC Participações S/A (VBC PARTICIPAÇÕES), CNPJ: 01.928.820/0001-00, empresa que inicialmente era controlada por três grupos: VOTORANTIM, BRADESCO e CAMARGO CORREA. Daí o nome da empresa ter sido constituído pela inicial de cada um dos grupos.

d) VBC Energia S/A (VBC ENERGIA), CNPJ: 00.095.147/0001-02, outra energia inicialmente controlada pelos três grupos citados.

e) CPFL Energia S/A (CPFL), CNPJ: 02.429.144/0001-93, empresa holding que, por meio de suas subsidiárias, distribui, gera e comercializa energia elétrica no Brasil. Nas reorganizações societárias analisadas, suas ações foram comercializadas entre empresas dos grupos CAMARGO CORREA, VOTORANTIM e BRADESCO.

f) Votorantim Investimentos Industriais S/A. (VOTORANTIM), CNPJ nº 03.407.049/0001-51, empresa do grupo VOTORANTIM, que assim como a CCSA, teve participação de caráter administrativo nas transações aqui analisadas (controladora).

g) Camargo Correa Energia S/A (CCE), CNPJ: 04.922.357/0001-88, empresa do grupo CAMARGO CORREA, controlada pela CCSA e controladora das empresas VBC.

h) Votorantim Energia Ltda (VOTORANTIM ENERGIA), CNPJ: 01.310.772/0001-92, empresa do grupo VOTORANTIM, controlada pela VOTORANTIM, inicialmente controladora das empresas VBC.

i) Bradespar S/A (BRADESPAR), CNPJ: 03.847.461/0001-92, empresa do grupo BRADESCO que teve participação de caráter administrativo nas transações aqui analisadas (controladora).

j) Antares Holdings S/A (ANTARES), CNPJ: 07.341926/0001-90, empresa holding, inicialmente do grupo BRADESCO, controlada pela BRADESPAR e controladora das empresas VBC.

k) Brumado Holdings S/A (BRUMADO), CNPJ: 08.397.763/0001-20, empresa holding, inicialmente controlada pelas empresas CCSA e VOTORANTIM (50% de participação de cada uma).

l) AMKS Contadores e Consultores Ltda. (AMKS), CNPJ: 66.056.086/0001-82, empresa de auditoria envolvida nas operações.

2. 2. DA ANÁLISE INICIAL

Inicialmente, esta Fiscalização baseou-se no Relatório de Análise Fiscal para verificação de ágio surgido em aquisição da empresa ÁTILA pelo grupo CAMARGO CORREA.

Em breve resumo, o citado relatório indicava a amortização de ágio efetuada pela fiscalizada CCSA ocorrida em 2010, 2011, 2012 e 2013, nos respectivos valores de R\$ 73.425.210,96, R\$ 73.425.210,96 e 94.503.992,16, respectivamente. E que estes ágios teriam surgido quando da aquisição da ÁTILA, em janeiro de 2009. No entanto, ainda segundo a pré-análise efetuada, não teria sido encontrada nenhuma reorganização societária que permitisse a amortização fiscal deste ágio pago

Junto à fiscalizada, pudemos obter os organogramas a seguir (“Item 6” dos “Arquivos Recibo SVA 17072015” à fl. 248 do processo), ilustrando a reorganização societária em pauta, a primeira referente à situação em Dez/2008 (antes da aquisição) e a segunda, em Jun/2009 (após a aquisição):

Segundo os diagramas, houve uma simples aquisição da empresa ÁTILA, com o pagamento de ágio.

Esclareceu-se também que a empresa não foi adquirida somente pela CCSA, mas também pela “Construções e Comércio Camargo Corrêa S.A.”(CCCC), ambas compradoras, tendo como vendedora a empresa “Votorantim Participações S.A.” (“Item 08” dos “Arquivos Recibo SVA 17072015” à fl. 248 do processo).

O valor da empresa era, segundo os dados apresentados (planilha “Aquisição da Átila 1” na pasta “Item 08” dos “Arquivos Recibo SVA 17072015” à fl. 248 do processo), em 31/01/2009, igual a R\$ 1.824.760.156,95 (= R\$ 1.758.614.000,00 de capital social + R\$ 66.146.156,95 de reservas de lucros). A parte comprada pela CCSA correspondia a 61,093% da empresa. Assim, o valor do patrimônio adquirido pela fiscalizada resultou em 61,093% * R\$ 1.824.760.156,95 = R\$ 1.114.807.971,18.

Como o montante líquido pago pela CCSA pela aquisição da ÁTILA foi igual a R\$ 1.642.796.932,25, isto gerou um ágio no valor de R\$ 527.988.961,07.

Prosseguindo, a empresa foi intimada a apresentar as aberturas dos ágios amortizados nos ACs 2011, 2012 e 2013, bem como a base jurídica utilizada para proceder a estas amortizações.

Em sua resposta, a fiscalizada esclareceu que (“Item 04” dos “Arquivos do Recibo SVA 10092015” à fl. 257 do processo):

“Intimação CCSA - 0818500-2015-00136-8 (Termo 2)

Item 4 – Base jurídica utilizada para as amortizações de ágio dos ACs 2011, 2012 e 2013.

O ágio reconhecido na Camargo Corrêa S.A., no montante de R\$440.551.265,76, relacionado à empresa Átila Holdings S.A., apresentados na resposta 1, 2 e 3 da referida intimação como “Amortização Ágio Átila”, teve sua amortização iniciada em janeiro de 2008, por conta da incorporação da empresa Átila Holdings S.A. pela investidora Camargo Corrêa S.A., ocorrida em 26 de dezembro de 2007.

Já os ágios apresentados como “Amortização Ágio Átila 2” e “Amortização Ágio VBC” são amortizados, para fins de atendimento à legislação societária, com base na Lei 11.638/07, art. 5º, que incluiu o art. 10-A à Lei 6.385/76 (grifos nossos)”

Dos esclarecimentos acima, concluiu-se que havia outro ágio sendo amortizado, que não era o de R\$ 527 milhões gerado na aquisição da empresa ÁTILA. Este outro ágio no valor de R\$ 440 milhões havia surgido antes de dezembro de 2007, quando foi iniciada sua amortização. No entanto, segundo a empresa, esta amortização teria sido iniciada em função da incorporação da empresa “Átila Holdings S/A” pela investidora “Camargo Correa S/A”, o que causou certa incompreensão, a princípio.

Neste ponto, o trabalho de Fiscalização foi ampliado, de modo a poder obter maiores detalhes também acerca das amortizações deste segundo ágio.

Verificou-se, portanto, que havia um ágio de R\$ 440 milhões sendo amortizado pela empresa, denominado pela mesma de “ÁGIO ÁTILA” e ainda um outro de R\$ 527 milhões, também sendo amortizado, denominado de “ÁGIO ÁTILA 2”.

No relatório DRJ, a acusação fiscal foi bem resumida nos seguintes termos:

O Autor do feito, com auxílio de organogramas apresentados pela interessada (fls. 1846, 1847 e 1.858 a 1861), esclarece que três grandes conglomerados empresariais – CAMARGO CORRÊA, a interessada, VOTORANTIM e BRADESCO – realizaram, por meio de sociedades holding, investimentos em companhias tais como CPFL ENERGIA S.A e VBC ENERGIA S.A. (onde “V” corresponde a VOTORANTIM, “B” a BRADESCO e “C” a CAMARGO CORRÊA). Para tanto, de acordo com tais organogramas num momento inicial VOTORANTIM e a interessada detinham partes iguais do capital de BRUMADO HOLDINGS S.A., ao passo que BRADESCO, por meio de sua subsidiária BRADESPAR, possuía a integridade das ações de ANTARES HOLDINGS S.A., a qual, por sua vez, era proprietária de todo o capital de ÁTILA HOLDINGS S.A.

Em 15 de dezembro de 2006, os grupos VOTORANTIM e CAMARGO CORRÊA, de um lado, e BRADESCO, de outro, acordaram permutar entre si os controles acionários das sociedades ÁTILA HOLDINGS S.A e BRUMADO HOLDINGS S.A; posteriormente, ÁTILA HOLDINGS S.A foi cindida parcialmente, vertendo-se metade de seu patrimônio à interessada, o que deu origem ao ágio ora em exame.

Acrescenta o Autor do feito que intimou a interessada a apresentar o laudo que embasou “o surgimento do ágio em questão [...] fiscalizada (laudo às fls. 477 a 484)”, recebendo, como resposta:

“O laudo da empresa CPFL Energia S/A foi preparado com a finalidade de se apurar o valor justo das ações da CPFL Energia S/A no âmbito da permuta das ações entre a Camargo Correa S/A e a Antares Holdings S/A. No capítulo 6 do referido laudo, é determinado que o valor justo das ações da CPFL Energia S/A está entre R\$ 32,78 e R\$ 35,80.”

“A empresa Brumado Holdings S/A, detentora de 28.420.052 ações da CPFL Energia S/A, apresentava, em seu balanço levantado em 15 de dezembro de 2006, balanço este que serviu de base para a permuta, um investimento na CPFL Energia S/A de R\$ 980.491.792,00, equivalente a R\$ 34,50 por ação.”

O Autor, ao examinar a documentação pertinente, no que toca “às ações da BRUMADO”, constatou o seguinte:

[...] Como visto anteriormente, esta continha ações da empresa CPFL. Ao analisar o laudo de avaliação desta última, elaborado pelo Banco Pactual S/A, em 31 de outubro de 2006, no qual foram baseados seus valores das ações (fls. 477 a 484), esta Fiscalização se deparou com uma notória inconsistência. Os valores de patrimônio líquido da empresa CPFL, em 30/06/2006, segundo as demonstrações financeiras (página 8 do laudo), eram, respectivamente, iguais a R\$ 4.796.072.000,00 e R\$ 4.734.790.000,00. Tendo em vista que o capital social da empresa era composto por 479.756.730 ações (página 27 do laudo), calculou-se que

o valor de cada ação aproximado girava em torno de R\$ 9,87 por ação e não 34,50 por ação, conforme esclareceu a empresa, em sua resposta.

Observa que o “valor justo por ação, conforme consta do relatório foi obtido pela metodologia do Fluxo de Caixa Descontado” e diz causar-lhe espécie

[...] que o valor das ações constantes na contabilidade da BRUMADO tivesse sido lançado com os valores justos das mesmas e não com os valores presentes de mercado, já que nas primeiras estariam fatores não materializados no momento presente, mas que representavam potencial de materialização no futuro.

Em diligência junto a BRUMADO HOLDINGS S.A., teve acesso a Ata de Assembléia Geral Extraordinária datada de 6 de dezembro de 2006, que registrava a subscrição de ações “pelas empresas CCSA e VOTORANTIM, antes da operação de permuta, que foi realizada em 15/12/2006”, cabendo a cada uma das subscritoras “13.581.069 ações ordinárias, nominativas, sem valor nominal da CPFL, no valor de R\$ 468.546.880,00”. A mesma Ata registrava que [...] teriam sido aprovados os Laudos de Avaliação elaborados pela empresa “AMKS Contadores e Consultores Ltda.”, na data de 27 de novembro de 2006, que procedeu à avaliação do valor patrimonial contábil das ações conferidas ao capital social por seus acionistas.

Intimada neste sentido, a interessada apresentou cópia do contrato de compra e venda das ações de BRUMADO HOLDINGS S.A., em que VBC PARTICIPAÇÕES S.A., empresa coligada, figurava como vendedora.

Recorda o Autor do feito que, destarte, A VBC PARTICIPAÇÕES [...] era a vendedora das ações da CPFL à CCSA, ações estas que foram integralizadas na BRUMADO e que foram posteriormente permutadas com o grupo BRADESCO.

Assinala também que lhe foi entregue “Ordem de Transferência de Ativos Escriturais/Nominativos Negociados Fora da Bolsa de Valores” preenchido, mas sem qualquer assinatura, nem autenticação (fl. 536), bem como cópia da “Declaração de Imposto de Responsabilidade do Alienante na Transferência de Ativos Escriturais/Nominativos Negociados Fora da Bolsa de Valores”, com preenchimento incompleto e também sem assinatura ou autenticação (fl. 537).

A interessada recebeu nova intimação “a apresentar cópias válidas destes documentos citados (fls. 547 a 550), mas ela não logrou fazê-lo, alegando que não tinha os mesmos assinados e autenticados (fls. 631 e 632)”. Tais documentos tampouco foram obtidos junto a VOTORANTIM INVESTIMENTOS INDUSTRIAIS S.A., tendo esta última ressaltado que “a obrigação de manter o registro de acionistas e de transferência de ações é da própria companhia emissora”.

Prosseguindo, o Autor do feito adverte que a companhia VBC PARTICIPAÇÕES S.A., em 28 de novembro de 2006, [...], apenas alguns dias após a venda das ações à CCSA e à VOTORANTIM, que ocorreu em 16/11/2006, [...] foi dividida em três partes iguais, cada uma das partes tendo sido absorvida pelas empresas “Camargo Correa Energia S/A”, “Votorantim Energia Ltda.” e “Antares Holdings Ltda.” (33,33% para cada empresa). Segundo a mesma ata supracitada [...], ficou determinado que “a guarda e a conservação dos livros e documentos da VBC-P caberá ao Diretor Financeiro de sua controlada, VBC Energia S/A [...]”.

A Autoridade Fazendária tece as seguintes considerações a respeito do laudo emitido por AMKS CONTADORES E CONSULTORES LTDA.:

Do exposto no último parágrafo, pode-se verificar que a empresa auditora teria baseado sua análise: a) em registros contábeis da CCSA, que foram lançados pela empresa, registros estes que, por sua vez, teriam tido o endosso do próprio laudo da AMKS; assim aqui ter-se-ia criado um círculo vicioso inócuo; b) no registro

escritural que a empresa alega ter apresentado em sua resposta, registro este que, segundo a empresa, seria uma relação das transferências de ações integralizadas efetuadas em 24/11/2006 e que, conforme visto antes, não continham os valores das ações, somente as quantidades transferidas, sem qualquer autenticação ou validação e c) no contrato de compra e venda de ações, elaborado entre as empresas coligadas VBC PARTICIPAÇÕES e CCSA, e que, neste ponto, em virtude de todas as ocorrências encontradas ao longo deste procedimento fiscal, passou a levantar suspeitas de estar maculado.

Conclui o Autor do feito pela inexistência de prova da efetividade dos [...] valores das ações transacionadas entre a empresa VBC PARTICIPAÇÕES a suas coligadas CCSA e VOTORANTIM, seja quanto aos registros de transferência destas ações, seja quanto ao recolhimento dos impostos referentes ao ganho de capital auferido na operação.

Cumpra observar que, no caso em epígrafe, a VBC PARTICIPAÇÕES necessariamente “teria auferido ganho de capital”, tendo em vista que o valor das ações negociado teria superado, em muito, o valor presente das mesmas, conforme já anteriormente exposto.

Observa também:

E há aqui um outro ponto a ser considerado: por que pagar mais caro por ações que praticamente já seriam, de certa forma, da empresa? Se observarmos o organograma do dia 16/11/06, data de venda das ações da VBC PARTICIPAÇÕES a CCSA [...], podemos verificar que a CCSA controlava a CCE que, por sua vez, detinha participação de 33,33% na VBC PARTICIPAÇÕES. Como não houve pagamento de valores, tal operação poderia ensejar a criação de “ágio intragrupo”, a partir da supervalorização no valor das ações adquiridas e posterior operação de permuta com ações de menor valor, nos termos dos fatos aqui analisados.

Menciona o artigo 386 do Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999 (Regulamento do Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza – RIR/1999) e observa:

[...] para gozar da dedutibilidade preconizada no artigo 386 do RIR/99, não basta a pessoa jurídica, por exemplo, simplesmente incorporar uma controlada na qual detenha participação societária com ágio. Entre as condições e requisitos previstos, deve essa pessoa jurídica ter efetivamente suportado o ágio por ele registrado, ou seja, o ágio deve existir, deve ter propósito negocial e substrato econômico a justificar a sua origem; deve também esse ágio ter como fundamento econômico a rentabilidade futura da controlada; o laudo que atesta esse fundamento econômico deve estar arquivado como comprovante da escrituração do ágio; por fim, a sua amortização deverá obedecer ao mínimo de 1/60 para cada mês do período de apuração.

[...]

O ágio registrado pela CCSA com a aquisição da empresa ÁTILA não pode ser considerado dedutível para fins de apuração da base de cálculo do IRPJ e da CSLL nos termos do artigo 386 do RIR/99, o qual repete os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997. O ágio amortizado não observa as condições e requisitos impostos pela legislação para o gozo do aludido benefício fiscal.

O aspecto, que impede que o ágio registrado pela CCSA seja dedutível, está ligado ao fato de que não houve comprovação efetiva da origem do ágio. Como se

pode depreender de todo o exposto no tópico 2 (DO PROCEDIMENTO FISCAL) do presente relatório, o ágio teria surgido em função de uma operação de permuta de ações entre a CCSA e a BRADESPAR, após a aquisição, pela CCSA, das ações permutadas, da empresa VBC PARTICIPAÇÕES. Não foram comprovados os elevados valores pagos na aquisição destas ações, que, segundo a fiscalizada, teriam suscitado o ágio, resultante da diferença dos valores trocados. Tampouco houve pagamento efetuado, somente a operação de permuta citada.

Não tendo sido comprovado que o ágio efetivamente exista, portanto, não existe base jurídica, para o gozo do benefício fiscal previsto no art. 386 do RIR/99.

O Autor do feito assinala existir “um motivo autônomo que viesse a justificar a realização da operação como um todo, isto é, a saída do Bradesco do grupo VBC” e relaciona “as etapas da operação com as suas respectivas datas”:

[...] a constituição da BRUMADO (17/10/06), a venda das ações da VBC PARTICIPAÇÕES à CCSA (16/11/06), a cisão total da VBC PARTICIPAÇÕES (28/11/06), a subscrição das ações adquiridas pela CCSA na BRUMADO (14/12/06), a permuta das ações com o grupo BRADESCO (15/12/06) e a cisão parcial da ÁTILA com incorporação da parte cindida pela CCSA (26/12/07) [...].

Diz que “algumas destas etapas permaneciam sem sentido, analisando-as individualmente, como a venda das ações entre coligadas, ou o súbito desaparecimento da VBC PARTICIPAÇÕES”, reiterando que, [...] praticamente, as ações que foram adquiridas pela CCSA da empresa VBC PARTICIPAÇÕES com valor superestimado, já pertenciam, de certa forma, à empresa CCSA, tendo em vista que esta controlava 100% da empresa CCE, que, por sua vez, controlava 33,33% da empresa vendedora [...].

Analisa “a operação como um todo, sem que se percam de vista, no entanto, as peculiaridades de cada etapa de que a operação se compõe” e “que o conjunto dessas etapas realizadas corresponde a apenas uma pluralidade de meios para atingir um objetivo”, o que exige [...] “um exame abrangente [...] de modo a verificar, na realidade, qual a operação que se está pretendendo opor ao Fisco”.

Assim, no presente caso, analisando o conjunto das etapas, temos uma situação em que é como se o ágio surgido tivesse sido criado a partir de si mesmo, ou seja, teria nascido de operações entre empresas coligadas, sem a existência de qualquer pagamento ou desembolso financeiro.

A premência com que as operações foram realizadas já denotava que elas faziam parte de uma sequência de etapas, encadeadas com as anteriores e a depender das posteriores, visando à busca de um fim determinado, pois nenhum evento externo a coagir ou exercer pressão sobre a interessada ocorreu que justificasse a velocidade com que as operações foram realizadas.

[...]

3.4. DA AUSÊNCIA DE PROPÓSITO NEGOCIAL Inobstante a possibilidade de amortização do ágio após a ocorrência da alienação ou liquidação do investimento se caracterize como benefício fiscal outorgado pela lei, é óbvio que o benefício se aplica às reais hipóteses de aquisição de investimento com ágio, não àquelas em que tenha havido uma artificial estruturação para possibilitar a amortização de um ágio “surgido a partir de si mesmo”, com o único objetivo de criar despesas dedutíveis.

A reorganização societária, para ser legítima, deve decorrer de atos efetivamente existentes, e não apenas artificial e formalmente revelados em documentação ou na escrituração mercantil ou fiscal. E essa análise não há que ser

feita para cada negócio isoladamente, mas em relação ao conjunto de negócios encadeados, como um todo.

Fixando-se na natureza do método por meio do qual os fatos efetivamente ocorreram, o que encontramos?

Uma operação pela qual se utilizou a fórmula de uma reorganização empresarial (saída do grupo BRADESCO do controle da VBC ENERGIA), como disfarce para se encobrir uma operação irregular, cujo resultado teria sido a realização de um plano preconcebido, e não tão somente a reorganização de uma empresa.

[...]

3.5. DO ÁGIO INTRAGRUPPO No contexto geral, não houve, portanto, decisão independente pela venda de ações da empresa VBC PARTICIPAÇÕES á CCSA com sobre preço patrimonial, que indicasse propósito negocial. Cumpre lembrar que foi esta venda, seguida da permuta de ações, que deu origem ao ágio aqui tratado.

Registrado nessas condições, o ágio seria inadmissível contabilmente, pois não houve a formação de um preço justo dos ativos, bem como observamos grave imperfeição negocial.

O surgimento de um ágio legitimamente adquirido em uma transação que tem por objeto uma participação societária pressupõe a ocorrência de uma negociação de livre iniciativa entre partes interessadas, independentes e detentoras de conhecimentos suficientes sobre o negócio em um mercado livre.

Em uma transação intragrupo que tenha por objeto uma participação societária, qualquer laudo e/ou relatório utilizado para fundamentar a avaliação do investimento negociado — e conseqüentemente justificar o preço, nele incluído eventual ágio — será, evidentemente, avalizado por todos os envolvidos [...].

Resta justificado, dessa forma, pelo exposto, que, definitivamente, à luz da Teoria da Contabilidade, é inadmissível o surgimento de ágio em uma operação realizadareconhecer uma antecipação se previamente à operação o comprador já era detentor do direito alegadamente adquirido.

Por fim, não se nega aos agentes econômicos a possibilidade de organizar seus negócios da maneira que lhe aprouver. No caso, houve a compra de ações de empresa coligada, seguida de operação de permuta de empresas, cisão parcial da empresa adquirida e posterior incorporação da parte cindida.

São, pois, duas questões distintas. A primeira diz respeito, em princípio, à liberdade de organização do ato privado. A segunda, afeita às repercussões tributárias, pelo que se situam no âmbito do ato público.

No caso em tela, as características anteriormente expostas apenas corroboram a conclusão de que transações intragrupo dessa natureza são artificialmente arquitetadas e conseqüentemente desprovidas de propósito negocial, sendo motivadas exclusivamente pela (ilícita) dedutibilidade tributária da amortização do “ágio intragrupo”.

5. DA QUALIFICAÇÃO DA MULTA

Como se pôde verificar do procedimento fiscalizatório como um todo [...], ocorreram algumas dificuldades para conseguir recompor os fatos de modo a proceder à recapitulação dos mesmos, principalmente no tocante à venda das ações da empresa VBC PARTICIPAÇÕES á CCSA, antes da operação de permuta.

Alguns obstáculos tiveram de ser vencidos para que a Fiscalização pudesse, finalmente, compreender, com maiores detalhes, como foi efetuada a reestruturação societária em epígrafe.

[...] E o que se pôde inferir de todo o exposto, é que o contribuinte buscou, de certa forma, um modo para que esta Fiscalização não pudesse chegar ao âmago dos detalhes da reorganização societária em si.

Qual a razão disto?

Não outra que a de tentar ocultar as inconsistências encontradas na ação fiscal, principalmente com relação à aquisição das ações pela CCSA, que conduziram ao surgimento do ágio após a permuta das empresas.

Anteriormente, o Autor do feito havia ressaltado:

De todo o exposto acima, pôde-se concluir que, no período entre 20/12/06 a 26/12/06, foram efetuadas transações de liquidação de mútuo entre empresas do grupo CAMARGO CORREA, bem como distribuição de dividendos, que “convenientemente” vieram a zerar, de forma definitiva, o valor lançado a título da aquisição das ações da CPFL. É de se atentar que as operações foram efetuadas em curto espaço de tempo, logo após a cisão da empresa VBC PARTICIPAÇÕES.

E também:

De pronto, pode-se afirmar que a empresa não forneceu todas as informações em seus primeiros organogramas. Somente a partir das investigações e elucidações é que estes foram tomando forma. Este fato poderia ensejar, também, que a fiscalizada estaria por querer ocultar certas ocorrências.

Em complemento, o Autor do feito apontou a responsabilidade solidária, com fundamento no artigo 135, III, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, denominada Código Tributário Nacional (CTN), das pessoas físicas de VITOR SARQUIS HALLACK, LUIS ROBERTO ORTIZ NASCIMENTO, ALBRECHT CURT REUTER-DOMENECH, JOSÉ EDISON BARROS FRANCO e JOSÉ ALBERTO DINIS DE OLIVEIRA, qualificados nos autos, “diretores e conselheiros da fiscalizada”. Na oportunidade, ressaltou que,

[...] na qualidade de gestores executivos, igualmente, compartilhavam do pleno domínio funcional dos fatos adstritos ao negócio societário, bem assim dos efeitos tributários que seriam decorrentes da execução do ilícito derivado de atos praticados com simulação.

Tece considerações a respeito da aplicação isolada de multas e da retificação dos saldos de prejuízo fiscal e de base negativa de CSLL.

Ciente em 24 de agosto de 2016 (fl. 1.960), a interessada apresentou, em 22 de setembro de 2016 (fl. 1.998), a impugnação de fls. 1.999 a 2.071, alegando, em essência, o que segue.

Em preliminar, refuta a alegação de que teria oposto obstáculos ao Autor do feito, acrescentando que “houve a apuração de ganho de capital pela VBC Participações S/A”.

Considera também que [...] a Autoridade Fiscal não poderia ter questionado a legalidade dos atos que originaram o direito ao aproveitamento do ágio, que surgiu em 15/12/2006, eis que transcorreu o prazo decadencial de cinco anos entre (i) o fato que propiciou o seu surgimento e (ii) a ciência, pela Impugnante, dos autos de infração em questão (29/08/2016).

Vale dizer, muito embora o ágio tenha sido amortizado em anos-base seguintes, o fato contábil-societário, que deu origem ao referido ágio, ocorreu no ano-base de 2006, com a permuta de ações da Brumado Holdings S/A pelas ações da Átila Holdings S/A.

[...]

Portanto, é fato notório que o Fisco não poderia efetuar os lançamentos de officio, em 2016, sobre fatos pretéritos, já consumados no tempo em razão do decurso do prazo decadencial (fato societário que gerou o direito à utilização do ágio, que ocorreu em 2006), para alcançar os efeitos decorrentes desses fatos, em períodos subsequentes (amortização do ágio).

Considera que os Autos de Infração seriam nulos, ao argumento de que deles só constariam “normas gerais”, ao passo que “a dedutibilidade das despesas com ágio foi regulamentada, de forma específica, pela norma veiculada pelo artigo 386, inciso III, § 2º do RIR/994”.

Menciona a “Instrução Normativa RFB nº 1.687/14” (sic) e afirma que[...] o Sr. Agente Fiscal extrapolou o objeto de fiscalização previsto no TPDF nº 08.1.85.00-2015-00136-8, buscando autuar tributo não compreendido no escopo do procedimento fiscal.

Com efeito, o procedimento de fiscalização que deu origem aos autos de infração ora combatidos possuía como objeto de fiscalização o IRPJ referente aos anos de 2011 a 2013 [...].

Ocorre que, em nenhum momento foi autorizado que o Sr. Agente Fiscal fiscalizasse a CSLL, devendo-se reconhecer a nulidade do lançamento fiscal, nos termos do artigo 59 do Decreto nº 70.235/726.

A seguir, apresenta “uma síntese da operação efetuada pelos grupos econômicos Camargo Corrêa, Votorantim e Bradesco”, afirmando que “a Fiscalização deixou de analisar a integralidade da operação, bem como o contexto econômico e gerencial em que esta encontrava-se inserida”.

Aduz que

[...] toda a operação teve como propósito a aquisição da participação societária que o Grupo Bradesco detinha no investimento conjunto que este possuía com os grupos econômicos Camargo Corrêa e Votorantim. Ou seja, tratou-se de uma efetiva operação de aquisição de participação societária realizada entre partes independentes, com fundamentado em expectativa de rentabilidade futura do investimento adquirido.

Reporta que “os grupos Camargo Corrêa, Votorantim e Bradesco implementam uma estrutura de investimento comum para que pudessem investir em conjunto em empresas no setor elétrico” e, com tal propósito, “foram constituídas as sociedades VBC Participações S/A (“VBC-P”) e VBC Energia S/A (“VBC-E”)”, por cujo intermédio passou-se a “investir naquele setor, em especial, na CPFL Energia

S/A (“CPFL”), empresa consolidada na distribuição, geração e comercialização de energia elétrica”.

Exibe, a tal propósito, o seguinte diagrama:

Informa que “VBC-E emitiu [...] debêntures conversíveis em ações da VCB-E e permutáveis por ações da CPFL, as quais foram integralmente subscritas pelo BNDES Participações S/A (“BNDESPAR”).

Acrescenta que, em razão “do direito de permuta assegurado ao BNDESPAR”, VBC ENERGIA S.A. obrigou-se a (fl. 2.018):

[...] bloquear 34.340.202 (trinta e quatro milhões, trezentos e quarenta mil e duzentas e duas) ações ordinárias de emissão da CPFL Energia S.A. de titularidade da EMISSORA através de averbação de livro próprio na forma do disposto no artigo 40, inciso II, da Lei nº 6.404, de 15/12/1976, o qual abrangerá automaticamente as ações decorrente de desdobramentos, grupamentos e bonificações relativos às ações bloqueadas.

Revela que, em razão de “divergências entre a VBC-E e o BNDESPAR”, este último revendeu “parte de suas debêntures [...] à VBC-E, por meio do Instrumento Particular de Transação celebrado entre as partes (doc. 04)”, sendo então liberada “parte das ações da CPFL [...], remanescendo bloqueadas, contudo, 17.841.489 ações, como forma de garantir o direito de permuta conferido ao debenturista BNDESPAR”.

Esclarece que, no início de 2006,

[...] o Grupo Bradesco [...] decidiu abandonar o investimento conjunto até então mantido pelos três grupos econômicos, razão pela qual foi necessária a realização de uma reorganização da estrutura de investimento anteriormente instituída.

Com efeito, era necessário que o Grupo Bradesco saísse do investimento com ações livres e desembaraçadas da CPFL que pudessem ser alienadas pelo grupo a terceiros. Entretanto, conforme acima mencionado, parcela das ações da CPFL detidas pela VBC-E havia sido bloqueada como garantia da permuta por ações assegurada aos subscritores das debêntures (no caso, o BNDESPAR).

[...]

Assim, passado algum tempo discutindo-se qual seria a melhor forma de se implementar a saída do Bradesco, decidiu-se que a estrutura consistiria, essencialmente, nos seguintes passos:

(a) Transferência pela VBC-E de ações ordinárias da CPFL, livres e desembaraçadas, à VBC-P;

(b) Alienação, pela VBC-P, das ações ordinárias da CPFL, livres e desembaraçadas, à Impugnante, à Votorantim Investimentos Industriais (“Votorantim Investimentos”) e à Antares Holdings Ltda. (“Antares” - entidade do Grupo Bradesco);

(c) Transferência, pela Impugnante e pela Votorantim Investimentos, de ações ordinárias da CPFL livres e desembaraçadas, ao Grupo Bradesco, em troca da participação correspondente às ações bloqueadas.

[...]

Em 31/08/2006 [...], ocorreu a redução do capital social da VBC-E no montante de R\$ 535.322.668,96, tendo sido o valor total da redução restituído aos acionistas por meio da transferência de: (i) 43.886.842 ações ordinárias da CPFL, livres e desembaraçadas; (ii) cessão do direito aos dividendos intermediários a serem distribuídos pela CPFL; e (iii) R\$ 2.131,70.

[...]

A entrega das ações em devolução do capital se deu a valor contábil, com base no artigo 22 da Lei nº 9.249/959.

Em 16/11/2006, a VBC-P alienou um terço das ações ordinárias da CPFL (livres e desembaraçadas), recebidas na redução de capital da VBC-E mencionada no item anterior, para cada uma as seguintes empresas: (i) Impugnante (fl. 530 dos autos); (ii) Votorantim Investimentos; e (iii) Antares:

Esta etapa foi necessária para que a os grupos Camargo Corrêa e Votorantim pudessem receber ações livres, que seriam, posteriormente, transferidas ao Grupo Bradesco.

[...]

Ressalte-se inclusive que, considerando que estas empresas faziam parte dos grupos econômicos controladores da VBC-P, a venda das ações foi realizada a preço de mercado, condição necessária para afastar a Distribuição Disfarçada de Lucros - DDL, nos estritos termos do que dispõe o artigo 464, incisos I e IV, do RIR/99 [...].

Desta forma, a Impugnante adquiriu 14.628.947 ações ordinárias da CPFL (fl. 530 a 535 dos autos), todas livres e desembaraçadas de qualquer ônus ou gravame, pelo valor de R\$ 504.698.671,2013, conforme registrado em sua contabilidade (doc. 05). Cumpre frisar que o valor praticado foi determinado por meio de Laudo de Avaliação elaborado pela instituição financeira Banco Pactual S/A, com base na metodologia do Fluxo de Caixa Descontado, datado de 31/10/200614 (doc. 06).

Em decorrência deste Contrato de Compra e Venda de Ações (fl. 530 dos autos), foi (i) emitida Ordem de Transferência de Ativos Escriturais/Nominativos, por meio do qual a VBC-P solicitou à instituição financeira depositária Bradesco que transferisse 14.628.947 ações da CPFL à Impugnante (fl. 536 dos autos), bem como foi (ii) registrada nos livros do Bradesco a transferência das ações (fl. 576 dos autos), nos exatos termos do que dispõe o artigo 31 da Lei nº 6.404/76, com redação dada pela Lei nº 10.303/0115.

[...]

Ainda, no que diz respeito ao mencionado recolhimento de impostos, cumpre frisar que a VBC-P apurou [...] ganho de capital [...].

Em 27/11/2006 [...] foi deliberada a cisão total da VBC-P, com posterior incorporação das parcelas cindidas, respectivamente, por suas três acionistas (Camargo Corrêa Energia S/A ("CCE"), Votorantim Energia Ltda. e Antares).

[...]

Em 06/12/2006, a Impugnante e a Votorantim Investimentos transferiram a uma terceira empresa, a Brumado Holdings S/A ("Brumado"), as ações da CPFL, livres e desembaraçadas, que haviam adquirido da extinta VBC-P [...].

O valor das participações societárias foi avaliado com base em Laudo de Avaliação elaborado pela AMKS Contadores e Consultores Ltda., em 27/11/2006 (doc. 08).

De acordo com o referido documento, as ações conferidas ao capital da Brumado foram avaliadas por seu valor contábil, obtendo-se o valor de R\$ 34,50 por ação.

A interessada afirma que o “fato de o valor contábil de R\$ 34,50 por ação livre e desembaraçada da CPFL apurado no laudo da AMKS Contadores e Consultores Ltda. ser igual ao valor apurado no laudo do Banco Pactual S/A” seria devido ao fato que o segundo deles “prestava-se à apuração do valor de mercado das ações a serem adquiridas pela Impugnante, mediante pagamento em dinheiro e com a respectiva apuração de ganho de capital pela VBC-P”. E completa:

Uma vez adquiridas pela Impugnante por seu valor de mercado, o montante pago tornou-se o custo de aquisição das ações da CPFL para a Impugnante, i.e., o seu valor contábil, que foi então apurado no laudo de avaliação da AMKS Contadores e Consultores Ltda., que visava justamente “determinar o valor contábil, em 27 de novembro de 2006, de parcela da participação societária detida pela CAMARGO CORRÊA na CPFL, representada por 13.581.069 [...] ações ordinárias nominativas, sem valor nominal, a serem conferidas em aumento do capital social da BRUMADO”.

[...]

Desta forma, a Brumado passou a concentrar em seu ativo, as ações livres e desembaraçadas da CPFL que haviam sido adquiridas pelos grupos Camargo Corrêa e Votorantim.

Paralelamente, a Antares transferiu as ações da VBC-E que possuía à sua controlada Átila, que passou a deter, indiretamente, ações da CPFL bloqueadas em razão do direito de garantia do debenturista BNDESPAR.

Nota-se, assim, que o Grupo Bradesco, de um lado, e os Grupos Camargo Corrêa e Votorantim, de outro, passaram a ser titulares de ativos distintos: enquanto o primeiro possuía (por meio da sua participação na VBC-E) ações da CPFL bloqueadas a fim de assegurar a possibilidade de permuta das debêntures detidas pelo BNDESPAR por ações, os últimos, por meio da Brumado, eram titulares das ações livres e desembaraçadas da CPFL - as que interessavam ao Grupo Bradesco, que se retirava da associação, por serem passíveis de negociação no mercado.

Assim [...], foi assinado em 15/12/2006, o Instrumento Particular de Permuta de Ações (fl. 425 dos autos), por meio do qual a Impugnante e a Votorantim Investimentos entregaram à Antares 100% das ações da Brumado e receberam em troca 100% das ações da Átila (detentora da participação na VBC E):

[...]

Sob outro ângulo, a operação consistiu na permuta de ações livre da CPFL por ações bloqueadas:

Como o valor da participação societária transferida pela Impugnante (lastreado nas ações livres adquiridas a valor de mercado) era superior ao valor patrimonial do investimento adquirido na permuta (correspondente a 50% das ações emitidas pela Átila), foi registrado um ágio no valor de R\$ 440.551.265,76 (o "Ágio Átila" de que se trata no presente processo).

O ágio, portanto, surge nesse momento, em decorrência de operação de permuta, que é forma de aquisição de participação societária, entre partes independentes (Grupo Bradesco, de um lado, e a Impugnante e o Grupo Votorantim, de outro).

Por fim, em 26/12/2007, quase um ano após a reestruturação, os grupos Votorantim e Camargo Corrêa decidiram realizar uma cisão parcial da Átila, tendo sido a parcela cindida incorporada pela Impugnante que passou então a amortizar o ágio (fls. 276 a 282 dos autos).

Ressalta que o "Ágio Átila" haveria surgido "com a permuta [...] por meio da qual a Impugnante e a Votorantim Investimentos entregaram à Antares 100% das ações da Brumado e receberam em troca 100% das ações da Átila". Invoca o artigo 20 do Decreto-lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977 para afirmar:

O fato de o ágio ter sido gerado a partir de uma permuta, e não de uma aquisição com pagamento em dinheiro, em nada infirma a validade da mais-valia gerada e suas consequências fiscais.

Com base nas alegações anteriores, entende demonstrada a existência de "propósito negocial" na operação ora em foco.

Afirma que,

[...] ao questionar as operações realizadas da forma como o fez [...], o Sr. Agente Fiscal extrapola suas competências, adentrando de forma indevida na liberdade individual dos contribuintes [...].

Adiante, alega que:

O argumento da Fiscalização, no que diz respeito à alegação de que teria havido ágio intragrupo, não passível de amortização, parte de dois equivocados (e contraditórios) pressupostos: o de que o "Ágio Átila", ora questionado, teria surgido em razão da venda das ações da VBC-P à Impugnante, i.e., em transação entre partes dependentes, e o de que não houve desembolso na criação do ágio, que se originou da permuta entre as ações da Brumado e as ações da Átila.

Entende que

[...] tais argumentos já foram suficientemente desconstruídos: o ágio não se originou na venda das ações da VBC-P à Impugnante, e sim da permuta realizada entre partes independentes (Grupo Bradesco de um lado, Impugnante e Grupo Votorantim de outro) [...].

Cumpre apontar, por fim, que mesmo que se estivesse diante de ágio intragrupo (ou "ágio interno") [...], fato é que este é reconhecido pelo Direito Tributário, conforme já decidido pelo CARF [...].

Apreciada a impugnação, o lançamento foi julgado procedente em parte, (a.1) afastando a hipótese de dolo e (a.2) excluindo da base de cálculo o ano-calendário de 2010, por decaído o direito da Fazenda da União ao respectivo lançamento e, por conseguinte, reduzir o valor do IRPJ a R\$ 28.531.887,18 e o da CSLL a 10.280.119,38, ambos sujeitos ao acréscimo de juros moratórios, de multa por lançamento de ofício no percentual de 75% e à multa exigida isoladamente no percentual de 50%; e (b) por AFASTAR A RESPONSABILIZAÇÃO SOLIDÁRIA de VITOR SARQUIS HALLACK, LUIS ROBERTO ORTIZ NASCIMENTO, ALBRECHT CURT REUTER-DOMENECH, JOSÉ EDISON BARROS FRANCO e JOSÉ ALBERTO DINIS DE OLIVEIRA.

Em face à desoneração, houve recurso de ofício.

Inconformada com a decisão proferida pela DRJ/BHE, a contribuinte interpôs recurso voluntário, no qual alega, basicamente, que: (a) preliminar de nulidade da atuação dada a existência de equívocos cometidos pelo agente fiscal (b) está decaído o direito da Fazenda Pública de questionar as operações societárias que originaram o ágio; (c) não havia previsão para apuração da CSLL no Termo de Distribuição de Procedimento Fiscal de Fiscalização TDPF-F); (d) houve propósito negocial nas operações que deram origem ao ágio; (e) não houve a formação de “ágio interno”, sendo, portanto, legais as deduções de despesa com amortização de ágio; (f) não é possível aplicar penalidade quando a turma julgadora do CARF decidir por voto de qualidade, pois haveria dúvida quanto à ocorrência da infração; (g) não é possível aplicar concomitantemente a multa isolada e a multa de ofício; e (h) é ilegal a cobrança de juros de mora sobre a multa de ofício.

Foram apresentadas razões pela PGFN

É o relatório do essencial.

Voto

Conselheira Luciana Yoshihara Arcangelo Zanin - Relatora.

O recurso é tempestivo e apresenta os demais requisitos de admissibilidade, por isso, dele conheço.

Preliminar de nulidade por alteração do critério jurídico pela decisão de 1a. Instância.

Preliminar de nulidade de cerceamento de defesa em razão da Decisão DRJ não ter exaurido a análise dos argumentos da impugnação no que se refere aos erros cometidos pela autoridade fiscal durante o procedimento de fiscalização.

A acusação fiscal aponta que o contribuinte não teria atendido de forma regular as solicitações feitas pela autoridade fiscal durante o processo de fiscalização, fato contestado pela Recorrente desde sua impugnação demonstrando que todas as etapas da operação questionada puderam ser integralmente reconstituídas com base nos documentos constantes dos autos do processo administrativo, inclusive seu propósito negocial ignorado pela fiscalização e pela DRJ.

Para dar sustentação ao seu argumento, demonstra através da análise do TVF, que as atividades fiscais foram concentradas na verificação da amortização de um ágio de R\$ 527 milhões, registrado na contabilidade da Recorrente como Ágio Átila 2, como demonstrado na Impugnação apresentada, trata-se de ágio decorrente de operação realizada em 30/01/2009, por meio da qual a Recorrente adquiriu ações de emissão da Átila detidas pela Votorantim Participações S/A, conforme "Instrumento Particular de Compra e Venda de Ações e outras Avenças", fls. 719 a 749 dos autos.

Este evento societário foi devidamente comunicado e comprovado pela Recorrente, de forma que ao analisar as informações e documentos apresentados, entendeu o Sr. Agente Fiscal que para fins fiscais não foram detectadas inconsistências quanto ao tratamento dispensado pela empresa, com relação às amortizações do ágio analisado (fl. 09 TVF).

Assim, verificada a regularidade na amortização do "Ágio Átila 2", houve uma mudança no curso do procedimento fiscal, que passou a se concentrar em uma operação anterior, ocorrida em 2006, que deu origem ao denominado "Ágio Átila", objeto do lançamento fiscal.

O ágio glosado tem origem na aquisição pela Recorrente e pela Votorantim Investimentos Industriais S/A da participação societária que o Grupo Bradesco detinha em investimento conjunto que este possuía com aqueles dois grupos econômicos.

Foi demonstrado pela Recorrente que o investimento alienado consistia na totalidade das ações emitidas pela Átila, sociedade integralmente detida por empresa do Grupo Bradesco, ocasião em que ela adquiriu junto à Votorantim investimentos 100% das ações emitidas por aquela sociedade.

Conforme narrado pela Recorrente, transcorrido um ano, os acionistas decidiram realizar uma cisão parcial da Átila, tendo sido a parcela cindida incorporada pela Recorrente (fls. 276 a 282 dos autos), de forma que o Grupo Votorantim passou a deter integralmente aquela sociedade. Ato contínuo, em 30 de janeiro de 2009, a Recorrente adquiriu do Grupo Votorantim a referida sociedade dando origem ao ágio Átila 2.

Assim, se trataram de duas operações distintas, com partes não relacionadas (Grupo Bradesco e Grupo Votorantim) e em datas distintas (2006 e 2009), mas que possuíam em comum o objeto, a aquisição de participações societárias na sociedade Átila, por isso, denominadas "Ágio Átila" e "Ágio Átila 2" nos registros contábeis, não representando necessariamente uma tentativa de ocultação de informações como apontado pelo agente fiscal.

No que diz respeito às operações, a Recorrente trouxe durante o processo de fiscalização: Contrato de Compra e Venda de Ações (fls. 530/535); Ordem de Transferência de ativos escriturais/ nominativos negociados fora da bolsa de valores (fl. 536); extrato emitido pela instituição financeira depositária Bradesco, comprovando a transferência de ações (fl. 576) demonstração de resultado e LALUR da VBC Participações S/A, indicando a apuração de ganho de capital (fls. 943/945 e 1671).

Dados os argumentos da Recorrente, em relação ao atendimento regular às solicitações da Fiscalização, tem-se que de fato, em nenhum momento ela se esquivou a prestar os esclarecimentos solicitados, tendo inclusive anexado a eles os documentos pertinentes para sustentá-los.

Aconteceu que, conforme descrito no TVF, a acusação fiscal foi no sentido da ausência de comprovação quanto à: i) origem do ágio; ii) ausência de propósito comercial e iii) existência de ágio interno. Para o agente fiscal, o ágio teria surgido na etapa em que ocorreu a alienação das ações livres e desembaraçadas pela VBC-P à Recorrente, Votorantim e Antares na busca de justificar a acusação de ágio interno.

A Recorrente por sua vez, defendeu desde a sua impugnação que essa etapa tratou-se de operação prévia para conferir lastro ao "Ágio Átila", necessária à operação do Grupo Bradesco, com o recebimento de ações livres e desembaraçadas da CPFL.

A DRJ após realizar a análise dos fatos descritos e demonstrados como efetivamente ocorridos na Impugnação, na qual restou demonstrado que o ágio surgiu em decorrência de permuta das ações, entre partes independentes, em que a Recorrente e a Votorantim Investimentos entregaram à Antares 100% das ações da Brumado (ações livres e desembaraçadas da CPFL) e receberam em troca 100% das ações da Átila (detentora da participação da VBC-E - ações da CPFL bloqueadas).

Desse modo da leitura do Acórdão recorrido, verifica-se que o entendimento da DRJ foi que o "Ágio Átila" não teria preenchido as condições legais estabelecidas no artigo 386 do RIR/99, sob o fundamento de que as ações da Átila não teriam sido avaliadas por um laudo de avaliação capaz de suportar a suposta expectativa de rentabilidade futura.

Ou seja, na a Decisão de 1ª Instância manteve a atuação por fundamentos diferentes do TVF que diz que não houve pagamento e não foram comprovados os elevados valores negociados pela BRUMADO.

Nas palavras do TVF:

"Foram analisados documentos que comprovavam os valores das ações trocados no lado das empresas ANTARES e ÁTILA. Neste exame, não foram encontradas maiores irregularidades (fls. 466 a 473).

Entretanto, não ocorreu o mesmo quanto ao outro lado da permuta, no tocante às ações da BRUMADO. Como visto anteriormente, esta continha ações da empresa CPFL. Ao analisar o laudo de avaliação desta última, elaborado pelo Banco Pactual S/A, em 31 de outubro de 2006, no qual foram baseados seus valores das ações (fls. 477 a 484), esta Fiscalização se deparou com uma notória inconsistência. Os valores de patrimônio líquido da empresa CPFL, em 30/06/2006, segundo as demonstrações financeiras (página 8 do laudo), eram, respectivamente, iguais a R\$ 4.796.072.000,00 e R\$ 4.734.790.000,00. Tendo em vista que o capital social da empresa era composto por 479.756.730 ações (página 27 do laudo), calculou-se que o valor de cada ação aproximado girava em torno de R\$ 9,87 por ação e não 34,50 por ação, conforme esclareceu a empresa, em sua resposta.

O valor justo por ação, conforme consta do relatório foi obtido pela metodologia do Fluxo de Caixa Descontado."

(...)

"Desta forma, é de se estranhar que o valor das ações constantes na contabilidade da BRUMADO tivesse sido lançado com os valores justos das mesmas e não com os valores presentes de mercado, já que nas primeiras estariam fatores não materializados no momento presente, mas que representavam potencial de materialização no futuro".

(...)

O ágio registrado pela CCSA com a aquisição da empresa ÁTILA não pode ser considerado dedutível para fins de apuração da base de cálculo do IRPJ e da CSLL nos termos do artigo 386 do RIR/99, o qual repete os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997. O ágio amortizado não observa as condições e requisitos impostos pela legislação para o gozo do aludido benefício fiscal.

O aspecto, que impede que o ágio registrado pela CCSA seja dedutível, está ligado ao fato de que não houve comprovação efetiva da origem do ágio. Como se pode depreender de todo o exposto no tópico 2 (DO PROCEDIMENTO FISCAL) do presente relatório, o ágio teria surgido em função de uma operação de permuta de ações entre a CCSA e a BRADESPAR, após a aquisição, pela CCSA, das ações permutadas, da empresa VBC PARTICIPAÇÕES. Não foram comprovados os elevados valores pagos na aquisição destas ações, que, segundo a fiscalizada, teriam suscitado o ágio, resultante da diferença dos valores trocados. Tampouco houve pagamento efetuado, somente a operação de permuta citada.

Não tendo sido comprovado que o ágio efetivamente exista, portanto, não existe base jurídica, para o gozo do benefício fiscal previsto no art. 386 do RIR/99.

Assim, temos que o TVF não olha a permuta, a DRJ diz que não comprovou pagamento do ágio interno e a contribuinte fundamenta a legitimidade de suas operações na existência de permuta o que não é considerado pela acusação, daí o prejuízo da defesa e o cerceamento configurado.

Evidente a divergência de premissa adotada na acusação fiscal e a utilizada pela DRJ para manter o lançamento.

Neste sentido:

AUTO DE INFRAÇÃO. ALTERAÇÃO PELA DECISÃO DE 1ª INSTÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. MUDANÇA DO CRITÉRIO JURÍDICO. ART. 146 DO CTN.

Não se afigura possível à autoridade julgadora de primeira instância alterar o fundamento do lançamento, adotando-se um novo critério, diverso daquele apontado pela autoridade fiscal no auto de infração.

Referida alteração configura mudança do critério jurídico, o que é vedado pelo artigo 146 do CTN, caracterizando inovação e aperfeiçoamento do lançamento.

Acórdão 9303-001.690

DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE SANEAMENTO LANÇAMENTO. INOVAÇÃO. MUDANÇA CRITÉRIO JURÍDICO.

É defeso à autoridade julgadora de primeira instância, em sua Decisão, complementar o Relatório Fiscal e/ou outro anexo da autuação, trazendo as normas legais e/ou novos elementos, critérios de apuração e/ou complementação da acusação fiscal, afora aqueles utilizados pela fiscalização na constituição do crédito tributário e que serviram como fundamento ao lançamento fiscal, sob pena de afronta ao disposto no artigo 146 do Códex Tributário.

Recurso Voluntário Provido.

Acórdão 2401-003.463

Assim, por todo o exposto nesta análise, voto no sentido de DAR provimento ao recurso voluntário para declarar a nulidade da decisão recorrida, por alteração de critério jurídico da respectiva decisão, restando prejudicada a análise do Recurso de Ofício.

(assinado digitalmente)

Luciana Yoshihara Arcangelo Zanin