



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

Processo nº 16561.720115/2013-21
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1301-002.434 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 16 de maio de 2017
Matéria IRPJ: Ágio
Recorrente DIXIE TOGA LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2009, 2010, 2011

DECADÊNCIA

Na hipótese de fato que produza efeito em períodos diversos daquele em que ocorreu, a decadência não tem por referência a data do evento registrado na contabilidade, mas sim, a data de ocorrência dos fatos geradores em que esse evento produziu o efeito de reduzir o tributo devido.

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. TRANSFERÊNCIA. POSSIBILIDADE.

O art. 7º da Lei nº 9.532, de 1997, permite a dedução do ágio devido a resultados de exercícios futuros somente quando a pessoa jurídica absorve patrimônio de outra em casos de cisão, fusão ou incorporação. No caso vertente, a operação societária foi legítima e revestida dos pressupostos legais no tocante a transferência do ágio.

ÁGIO. TRANSFERÊNCIA. EMPRESA VEÍCULO. INCORPORAÇÃO REVERSA. VALIDADE.

O uso de empresa veículo e de incorporação reversa, por si só, não invalida as operações societárias que transferiram o ágio da investidora original para a empresa investida, estando diretamente vinculadas ideologicamente a um propósito comercial. Verificadas as condições legais, especialmente a confusão patrimonial entre investidora e investida, deve ser admitida a amortização fiscal do ágio.

INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADE AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO - ARTIGOS 7º E 8º DA LEI Nº 9.532/97. INOCORRÊNCIA DE SIMULAÇÃO, ABUSO DE DIREITO OU ABUSO DE FORMA

No contexto do programa de privatização, a efetivação da reorganização de que tratam os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, mediante a utilização de empresa veículo, desde que dessa utilização não tenha resultado aparecimento de novo ágio, não resulta economia de tributos diferente da que

seria obtida sem a utilização da empresa veículo e, por conseguinte, não pode ser qualificada de planejamento fiscal inoponível ao fisco.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Por maioria de votos, acordam os membros do colegiado, em dar provimento ao recurso voluntário, vencidos os Conselheiros Flávio Franco Corrêa e Milene de Araújo Macedo, que negavam provimento.

assinado digitalmente
Waldir Veiga Rocha - Presidente.

assinado digitalmente
Amélia Wakako Morishita Yamamoto - Relatora.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Flavio Franco Correa, José Eduardo Dornelas Souza, Roberto Silva Junior, Marcos Paulo Leme Brisola Caseiro, Milene de Araújo Macedo, Amélia Wakako Morishita Yamamoto e Waldir Veiga Rocha.

Relatório

DIXIE TOGA LTDA, já qualificada nos autos, recorre da decisão proferida pela 3ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em São Paulo (SP) - DRJ/SPO, que, por unanimidade, julgou improcedente a impugnação, para manter o crédito tributário na sua integralidade.

Do Lançamento

Trata-se de auto de infração para lançamento de IRPJ e CSLL, no valor de R\$127.192.289,74 (fls. 2.802/2.806 e 2.821/2.823 e 2.832/2.834), cumulados de juros, multa qualificada e isolada, lavrado contra DIXIE TOGA LTDA, em razão de exclusões indevidas na apuração do IRPJ e da CSLL de valores referentes à amortizações de ágio, nos anos-calendários de 2009, 2010 e 2011, bem como saldo insuficiente de prejuízo operacional, nos termos dos arts. 3º da Lei 9.249/95, arts. 247, 248 e 250 do RIR/99, art. 6º do Decreto-Lei 1.598/77 e art. 18 da Lei 7.450/85 para IRPJ e art. 2º da Lei 7.689/88, e alterações, art. 1º da Lei 9.316/96, art. 57 da Lei 8.981/95, art. 28 da Lei 9.430/96, art. 37 da Lei 10.637/02.

IMPOSTO DE RENDA	27.841.583,45
JUROS DE MORA	7.202.824,07
MULTA PROPORCIONAL	41.501.491,71
MULTA EXIGIDA ISOLADAMENTE	16.238.313,39
TOTAL IRPJ	92.784.212,62

CONTRIBUIÇÃO SOCIAL S/ LUCRO LÍQUIDO	10.273.474,09
JUROS DE MORA	2.691.056,53
MULTA PROPORCIONAL	15.410.211,14
MULTA EXIGIDA ISOLADAMENTE	6.033.335,36
TOTAL CSLL	34.408.077,12

TOTAL DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO	127.192.289,74
-----------------------------	----------------

Segundo o Termo de Verificação e Encerramento da Ação Fiscal, (fls. 2.839/2.920), e Relatório do acórdão recorrido, as razões de autuação foram:

A ação fiscal foi iniciada com o escopo da verificação dos reflexos tributários oriundos da amortização do ágio surgido quando da aquisição formal pela Misbe Participações Ltda de participações diretas e indiretas na sociedade Dixie Toga Ltda.

Consta do Contrato Social da empresa a seguinte composição societária: Capital Social de R\$ 219.446.686,10, sendo R\$ 219.446.685,90 pertencente ao sócio Bemis Cayman Islands (2.194.466.859 cotas) e R\$ 0,20 de Curwood Inc. (2 cotas).

Diversas intimações foram feitas à empresa, que apresentou, dentre outros documentos, o seu Contrato Social e alterações, os atos societários das empresas MISBE Participações Ltda, SH Participações S/A e DT Participações S/A, os documentos societários e financeiros referentes à aquisição formal do controle da DIXIE pela MISBE, os atos societários referentes às incorporações da MISBE pela SH, da SH pela DT e da DT pela DIXIE, os laudos de avaliação das sociedades DIXIE, SH, DT e MISBE, os LALUR de 2009 a 2011.

A Autoridade Fiscal passa a apresentar organograma das empresas e pessoas físicas participantes da operação econômica e societária da aquisição do controle de DIXIE pela MISBE, antes (fl. 2842) e depois do evento.

Após a aquisição formal do controle da DIXIE pela MISBE (em 05/01/2005), esta recebe recursos da BEMIS COMPANY INC a título de aumento de capital para realizar os pagamentos referente à aquisição do controle da DIXIE com ágio de rentabilidade futura no valor de R\$ 498.280.833,57.

Portanto, relata a Autoridade Fiscal, formalmente, quem adquiriu o controle da DIXIE foi a sociedade MISBE. Porém, de fato, a aquisição do controle foi realizada pela BEMIS (fl. 2843).

Em 01/12/2008, ocorre a incorporação reversa da controladora MISBE por sua controlada SH. Inicia-se nesse momento a sequência de incorporações dentro do grupo econômico da DIXIE com o objetivo final da DIXIE possuir em sua contabilidade o “ágio de si mesma”, o qual deveria estar contabilizado na BEMIS, a real compradora da DIXIE (fl. 2844).

Um dia após a incorporação da MISBE pela SH (02/12/2008), ocorreu a segunda incorporação reversa, ou seja, a controlada DT incorpora a sua controladora SH (fl. 2845).

Em 29/12/2008, ocorreu a terceira e última incorporação reversa, ou seja, a controlada DIXIE incorporou a sua controladora DT (fl. 2846).

Conclui a Autoridade Fiscal que o ágio formalmente pago pela MISBE, mas de fato pago pela BEMIS na aquisição do controle da DIXIE, foi registrado na contabilidade desta última e começou a ser amortizado a partir de janeiro de 2009.

A Autoridade Fiscal, da análise dos atos societários das empresas envolvidas na operação engendrada pelo grupo econômico DIXIE, constatou que a sociedade MISBE foi constituída em 02/12/2004, com capital de R\$ 100,00; seus sócios eram BEMIS e CURWOOD INC. BEMIS fora constituída e existente de acordo com as leis do Estado de Minnesota, com sede em Minneapolis, Estados Unidos da América, possuindo R\$ 99,00 do capital de MISBE. Por sua vez, CURWOOD INC. foi constituída e existente de acordo com as leis do Estado de Delaware, também com sede em Minneapolis, Estados Unidos da América, possuindo R\$ 1,00 de MISBE.

Em 05 de janeiro de 2005, conforme consta na 1ª Alteração do Contrato Social da MISBE, foi deliberado e aprovado:

a) a integralização das 100 quotas, representativas do capital social da Sociedade da seguinte forma: (i) as 99 quotas, no valor nominal total de R\$ 99,00 (noventa e nove reais) subscritas pela BEMIS são integralizadas neste ato, em moeda corrente nacional, com parte da remessa por ela efetuada, no valor total de US\$ 232.500.000,00, o que equivale a R\$ 631.237.500,00, conforme operação cambial nº 05/002244, desta data; e (ii) a única quota, no valor nominal de R\$ 1,00 (um real), subscrita pela sócia CURWOOD INC. é integralizada neste ato em moeda corrente nacional;

b) resolveram ainda as sócias propor um aumento do capital social no valor de R\$ 631.237.401,00, passando o capital social totalmente integralizado de R\$ 100,00 (cem reais) para R\$ 631.237.501,00. Referido aumento é representado por 631.237.401 novas quotas, no valor nominal de R\$ 1,00 cada, as quais são subscritas e integralizadas em moeda corrente nacional pela sócia BEMIS, com o saldo de R\$ 631.237.401,00 referente ao produto da conversão da remessa por ela efetuada, no valor total de US\$ 232.500.000,00, o que equivale a R\$ 631.237.500,00, conforme operação cambial nº 05/002244.

Conforme consta no Contrato de Câmbio de Compra - Tipo 3 - Transferências Financeiras do Exterior, registrado no Banco Central sob nº 05/002244, celebrado em 05/01/2005, a BEMIS remeteu à MISBE, por intermédio do Banco Bradesco S/A, a quantia de US\$ 232.500.000,00 a título de integralização e aumento de capital, quantia essa que equivale, em moeda corrente nacional, ao valor de R\$ 631.237.500,00.

Na mesma data, ou seja, em 05/01/2005, a MISBE efetua o pagamento às pessoas jurídicas e físicas detentoras direta e indiretamente da participação de 68,65% da DIXIE, conforme consta no extrato bancário apresentado à Fiscalização, assim como informado pelo Contribuinte em resposta ao Termo de Intimação Fiscal nº 01, protocolada em 27/08/2012.

Esses fatos indicam, segundo a Autoridade Fiscal, que aquisição direta e indireta de 68,65% de participação na DIXIE foi realizada de fato pela BEMIS, porém formalmente realizada pela MISBE, servindo esta última apenas como veículo de passagem do dinheiro vindo do exterior para a realização dos pagamentos efetuados. Essa assertiva é corroborada pelo próprio Contribuinte, o qual, em resposta ao Termo de Início de Procedimento Fiscal, informou que a origem dos recursos para a aquisição das empresas ocorreu através do contrato de câmbio número 05/002244 de 05/01/2005, o qual se refere à remessa de dinheiro da BEMIS para a MISBE.

As aquisições foram feitas pagando-se um ágio sobre rentabilidade futura no valor total de R\$ 498.280.833,57, sendo R\$ 44.302.433,33 pela aquisição de participação na DIXIE, R\$ 141.707.589,93 pela aquisição de participação na DT e R\$ 312.270.810,31 pela aquisição de participação na SH, conforme consta na DIPJ 2006 e no Livro Diário 2005 da MISBE.

A Autoridade Fiscal narra que em dezembro de 2008 houve sucessivas incorporações reversas, até que BEMIS deixasse de ser controladora indireta da DIXIE e passasse a ser sua controladora direta. Portanto, o investimento na DIXIE por parte da BEMIS nunca deixou de existir. Em seguida, apresenta os atos societários dessas incorporações reversas.

Em 01/12/2008, houve a incorporação da sociedade MISBE pela SH, ambas as sociedades "holdings". Conforme consta na Ata da Assembleia Geral Extraordinária da SH (realizada em 01 de dezembro de 2008), foi deliberado e aprovado, dentre outros assuntos:

a) foram aprovadas as bases da operação de incorporação descritas no Protocolo de Incorporação e Justificação celebrado em 28 de novembro de 2008 entre a BEMIS, na qualidade de única sócia da Incorporada, e a Incorporada, na qualidade de única sócia da Sociedade;

b) foi aprovada a ratificação da nomeação da empresa MKF ASSESSORIA E CONSULTORIA CONTÁBIL LTDA como responsável pela elaboração do Laudo de Avaliação do acervo patrimonial líquido da Incorporada a ser vertido à Sociedade;

c) foi aprovado o referido Laudo de Avaliação, datado de 28 de novembro de 2008, elaborado com base no Balanço Patrimonial da Incorporada levantado em 27 de novembro de 2008;

d) foi aprovada a incorporação da Incorporada na Sociedade;

e) foi aprovado o aumento do capital da Sociedade no montante de R\$ 391.712.650,99, correspondente ao valor contábil do Patrimônio Líquido da Incorporada, descontando-se o valor do investimento que a incorporada tem registrado na Sociedade, aumento este representado pela emissão de 34.854.397 novas ações nominativas ordinárias, sem valor nominal, neste ato totalmente subscritas pela BEMIS. Adicionalmente, a totalidade das ações anteriormente detidas pela Incorporada no Capital Social da Sociedade são neste ato conferidas à BEMIS.

Em relação ao Protocolo de Justificação e Incorporação de MISBE na SH (28/11/2008), assinado entre BEMIS e MISBE, a Autoridade Fiscal destacou os seguintes pontos:

“I. JUSTIFICATIVA DA INCORPORAÇÃO

2. A incorporação da Incorporada na Incorporadora se justifica pelo fato de que a incorporação resultará unificação das operações e redução de custos.

(...)

III. A INCORPORAÇÃO

11. A Incorporadora tem capital social, totalmente integralizado, de R\$ 36.657.142,70 dividido em 13.030.180 ações ordinárias nominativas, sem valor nominal, totalmente integralizadas e integralmente detidas pela Incorporada.

12. A Incorporada tem capital social de R\$ 633.081.661,00, dividido em 633.081.661 quotas, no valor nominal de R\$ 1,00 cada uma, totalmente integralizadas e integralmente detidas pela BEMIS COMPANY INC.”.

Na situação acima descrita, verifica-se que ocorreu uma incorporação reversa (controlada incorpora a sua controladora) o que, observa a Fiscalização, não é uma operação comum em termos societários.

Na Alteração do Contrato Social da MISBE (01/12/2008), BEMIS, única sócia da MISBE, deliberou e aprovou o seguinte:

a) aprovou as bases da operação de incorporação descritas no Protocolo de Justificação e Incorporação celebrado em 28 de novembro de 2008 entre BEMIS e a Sociedade;

b) ratificou a nomeação da empresa MKF ASSESSORIA E CONSULTORIA CONTÁBIL LTDA como responsável pela elaboração do Laudo de Avaliação do acervo patrimonial líquido contábil da Sociedade a ser vertido à Incorporadora;

c) aprovou o referido Laudo de Avaliação, datado de 28 de novembro de 2008, elaborado com base no Balanço Patrimonial da Sociedade levantado em 27 de novembro de 2008;

d) aprovou a incorporação da Sociedade na Incorporadora;

e) declarou extinta a Sociedade em razão de sua incorporação na Incorporadora conforme deliberado e aprovado na Ata de Assembléia Geral Extraordinária desta última.

Um dia após a operação acima indicada, em 02/12/2008, houve a segunda incorporação, ou seja, a incorporação da sociedade SH pela DT, ambas sociedades “holdings”. Conforme consta na Ata da Assembleia Geral Extraordinária da DT, realizada em 02 de dezembro de 2008, foi deliberado e aprovado, dentre outras questões:

a) foram aprovadas as bases da operação de incorporação descritas no Protocolo de Incorporação e Justificação celebrado em 02 de dezembro de 2008 entre a BEMIS, na qualidade de única sócia da Incorporada, e a Incorporada, na qualidade de única sócia da Sociedade;

b) foi aprovada a ratificação da nomeação da empresa MKF ASSESSORIA E CONSULTORIA CONTÁBIL LTDA como responsável pela elaboração do Laudo de Avaliação do acervo patrimonial líquido contábil da Incorporada a ser vertido à Sociedade;

c) foi aprovado o referido Laudo de Avaliação, datado de 02 de dezembro de 2008, elaborado com base no Balanço Patrimonial da Incorporada levantado em 01 de dezembro de 2008;

d) foi aprovada a incorporação da Incorporada na Sociedade;

e) foi aprovado o aumento do capital da Sociedade no montante de R\$ 252.028.057,97 correspondente ao valor contábil do Patrimônio Líquido da Incorporada, descontando-se o valor do investimento que a incorporada tem registrado na Sociedade, aumento este representado pela emissão de 230.738.690 novas ações nominativas ordinárias, sem valor nominal, neste ato totalmente subscritas pela BEMIS. Adicionalmente, a totalidade das ações anteriormente detidas pela Incorporada no Capital Social da Sociedade são neste ato conferidas à BEMIS.

Em relação ao Protocolo de Justificação e Incorporação de SH na DT, datado de 02/12/2008, assinado entre BEMIS e SH, a Autoridade Fiscal destacou:

“I. JUSTIFICATIVA DA INCORPORAÇÃO

2. A incorporação da Incorporada na Incorporadora se justifica pelo fato de que a incorporação resultará unificação das operações e redução de custos.

(...)

III. A INCORPORAÇÃO

11. A Incorporadora tem capital social, totalmente integralizado, de R\$ 59.755.691,87 dividido em 176.328.663 ações ordinárias nominativas, sem valor nominal, totalmente integralizadas e integralmente detidas pela Incorporada.

12. A Incorporada tem capital social, totalmente integralizado, de R\$ 428.369.793,69, dividido em 47.884.577 ações ordinária nominativas, sem valor nominal, totalmente integralizadas e integralmente detidas pela BEMIS COMPANY INC.”

Verifica-se, mais uma vez, que ocorreu uma incorporação reversa (controlada incorpora a sua controladora).

Na Ata da Assembleia Geral Extraordinária da SH, realizada em 02 de dezembro de 2008, foi deliberado e aprovado:

a) aprovou as bases da operação de incorporação descritas no Protocolo de Justificação e Incorporação celebrado em 02 de dezembro de 2008 entre BEMIS e a Sociedade;

b) ratificou a nomeação da empresa MKF ASSESSORIA E CONSULTORIA CONTÁBIL LTDA como responsável pela elaboração do Laudo de Avaliação do acervo patrimonial líquido contábil da Sociedade a ser vertido à Incorporadora;

c) aprovou o referido Laudo de Avaliação, datado de 02 de dezembro de 2008, elaborado com base no Balanço Patrimonial da Sociedade levantado em 01 de dezembro de 2008;

d) aprovou a incorporação da Sociedade na Incorporadora;

e) declarou extinta a Sociedade em função de sua incorporação na Incorporadora conforme deliberado e aprovado na Ata de Assembléia Geral Extraordinária desta última.

Poucos dias após as operações acima descritas terem ocorrido, em 29/12/2008, houve a terceira e última incorporação, ou seja, a incorporação da sociedade DT pela DIXIE. Conforme consta na Ata da Assembléia Geral Extraordinária da DIXIE, de 29/12/2008, foi deliberado e aprovado:

a) foi aprovado o Protocolo de Incorporação e Justificação celebrado em 11 de dezembro de 2008 entre os administradores da Companhia e da INCORPORADA;

b) foi ratificada a nomeação da empresa MKF ASSESSORIA E CONSULTORIA CONTÁBIL LTDA como responsável pela elaboração do Laudo de Avaliação do acervo patrimonial líquido contábil da INCORPORADA que será vertido para a Companhia;

c) foi aprovado o Laudo de Avaliação do acervo patrimonial líquido contábil da INCORPORADA a ser vertido para a Companhia em razão da incorporação, datado de 11 de dezembro de 2008, preparado pela empresa MKF ASSESSORIA E CONSULTORIA CONTÁBIL LTDA com base no balanço patrimonial da INCORPORADA, datado de 08 de dezembro de 2008;

d) foi aprovada a incorporação da INCORPORADA na Companhia, bem como seus reflexos e efeitos, conforme proposta do Conselho de Administração da Companhia consignada em reunião deste órgão realizada em 11 de dezembro de 2008 e os termos e condições previstos no Protocolo de Incorporação e Justificação.

Como contrapartida, conforme consta na Ata da Assembléia Geral Extraordinária da DT, realizada em 29 de dezembro de 2008, foi deliberado e aprovado o que segue:

a) aprovou o aumento de capital da Sociedade de R\$ 311.783.749,84 para R\$ 435.520.126,47, um aumento, portanto, no valor total de R\$ 123.736.376,63, representado pela emissão de 94.772.993 novas ações nominativas ordinárias, sem valor nominal, neste ato totalmente subscritas pela acionista BEMIS, e integralizadas mediante a capitalização de lucros extraídos da conta Lucros Acumulados e Reservas de Lucros, conforme Balanço Patrimonial levantado em 08 de dezembro de 2008;

b) aprovou as bases da operação de incorporação descritas no Protocolo de Incorporação e Justificação celebrado em 11 de dezembro de 2008 entre os administradores da Sociedade e de sua controlada, a INCORPORADORA;

c) ratificou a nomeação da empresa MKF ASSESSORIA E CONSULTORIA CONTÁBIL LTDA como responsável pela elaboração do Laudo de Avaliação do acervo patrimonial líquido contábil da Sociedade a ser vertido à INCORPORADORA em razão da incorporação;

d) aprovou o referido Laudo de Avaliação, datado de 11 de dezembro de 2008, elaborado com base no balanço patrimonial da Sociedade levantado em 08 de dezembro de 2008;

e) aprovou a incorporação da Sociedade na INCORPORADORA;

f) declarou extinta a Sociedade em função de sua incorporação na INCORPORADORA.

Em relação ao Protocolo de Justificação e Incorporação da DT na DIXIE, de 11 de dezembro de 2008, a Autoridade Fiscal destacou:

"I. JUSTIFICATIVA DA INCORPORAÇÃO

I...

(ii) adicionalmente, a incorporação evitará a duplicidade de custos e a superposição de operações pelas duas sociedades."

(...)

III. AUSÊNCIA DE AUMENTO DE CAPITAL IMEDIATO E DE RELAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO DE AÇÕES

8. A INCORPORADORA tem capital social, totalmente subscrito e integralizado, de R\$ 144.575.048,43, dividido em 274.810.038 ações nominativas e sem valor nominal, sendo 191.100.116 ações ordinárias e 83.709.922 ações preferenciais.

9. Conforme balanço patrimonial datado de 08 de dezembro de 2008, a INCORPORADA tem patrimônio líquido de R\$ 435.520.126,47, sendo que o capital social da INCORPORADA, totalmente subscrito e integralizado, é de R\$ 311.783.749,84, dividido em 407.067.353 ações ordinárias nominativas sem valor nominal.

IV. FUTURA CAPITALIZAÇÃO DO EFETIVO BENEFÍCIO FISCAL A SER AUFERIDO EM DECORRÊNCIA DA AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO

13. O valor do Ágio, considerando a aquisição direta e indireta do controle acionário da INCORPORADORA em 05 de janeiro de 2005, é de R\$ 461.845.299,45, tendo sido fundamentado com base na expectativa de rentabilidade futura.

14. Assim, mediante a incorporação, **será constituída uma reserva especial de ágio na INCORPORADORA no valor de R\$ 157.027.401,81, equivalente ao benefício fiscal que decorrerá da amortização do Ágio**, tendo a INCORPORADA constituído a provisão em montante equivalente à diferença entre o valor do Ágio e o benefício fiscal decorrente de sua amortização, conforme estabelecido no artigo 6º, parágrafo 1º, da Instrução CVM nº 319/99, com suas alterações posteriores. Referida provisão encontra-se refletida no balanço patrimonial da INCORPORADA levantado em 08 de dezembro de 2008, o qual constitui o balanço-base da presente incorporação.

15. Conforme previsto no artigo 7º da Instrução CVM nº 319/1999, com suas alterações posteriores, após o término de cada exercício social e na medida em que a INCORPORADORA vier a auferir benefício fiscal em decorrência da amortização do Ágio e que este benefício representar uma efetiva diminuição dos tributos pagos pela INCORPORADORA, a correspondente parcela da reserva especial de ágio que será constituída em razão da presente incorporação será objeto de capitalização em proveito da acionista BEMIS COMPANY INC.. A capitalização será implementada mediante a emissão de novas ações, ficando o respectivo aumento de capital sujeito ao direito de preferência dos acionistas não controladores da INCORPORADA, na proporção de suas respectivas participações por espécie e classe de ação à época da emissão, sendo que as importâncias pagas por eles no exercício deste direito serão entregues diretamente à acionista controladora da INCORPORADA. O preço de emissão das ações será fixado, a cada capitalização,

conforme disposto no parágrafo 1o do Artigo 170 da lei nº 6.404/76, com suas alterações posteriores.”, (g.n.) (grifos do original).

A Autoridade Fiscal novamente observa, dos fatos acima, ter ocorrido uma incorporação reversa, ou seja, a controlada incorporando a sua controladora. Como a sociedade incorporadora era uma empresa operacional, ficavam estabelecidas, em princípio, as condições para a amortização do ágio de rentabilidade futura, o qual fora transferido para a sociedade fiscalizada.

Percebe-se dos itens acima, retirados do Protocolo de Justificação e Incorporação da DT na DIXIE, que o real beneficiário da amortização do ágio, que representa uma efetiva diminuição dos tributos a serem pagos pela DIXIE, é a sociedade BEMIS, sediada no exterior, que, de fato, foi a sociedade que adquiriu e pagou pelo controle da DIXIE.

Para a Fiscalização, isso reforça que a aquisição do controle da DIXIE, em 05/01/2005, deu-se, de fato, pela BEMIS, porém formalmente a aquisição foi realizada pela empresa veículo MISBE, através da qual a BEMIS remeteu os recursos necessários para o pagamento da referida transação.

Constava no item 13 do Protocolo de Justificação e Incorporação da DT na DIXIE que o valor do ágio, considerando a aquisição direta e indireta do controle acionário da INCORPORADORA em 05 de janeiro de 2005, era de R\$ 461.845.299,45, tendo sido fundamentado com base na expectativa de rentabilidade futura. Porém, o valor total do ágio pago na aquisição do controle acionário da DIXIE foi de R\$ 498.280.833,57. Essa diferença foi explicada pelo Contribuinte em resposta ao Termo de Intimação Fiscal nº 09, protocolada em 11/04/2013, acompanhada do Balancete de Suspensão da DT e do Livro Diário da MISBE.

Abaixo, reproduzimos parte do texto do Termo de Verificação Fiscal citado:

“a) Termo de Intimação Fiscal nº 09:

“ITEM 03 - Conforme consta no Balanço Patrimonial da MISBE PARTICIPAÇÕES LTDA de 31/12/2005, os ágios pagos pela aquisição de 100% da SH PARTICIPAÇÕES S/A, de 23,98% da DT PARTICIPAÇÕES S/A e de 9,94% da DIXIE TOGA S/A são respectivamente R\$ 312.270.810,31, R\$ 141.707.589,93 e R\$ 44.302.433,33, totalizando um montante de R\$ 498.280.833,57. Já no Balanço Patrimonial da MISBE PARTICIPAÇÕES LTDA de 27/11/2008, consta que o ágio pela aquisição da DIXIE TOGA S/A foi de R\$ 53.424.833,33. Portanto, esclarecer e comprovar a que se deu o aumento do valor do ágio registrado no balanço patrimonial de 27/11/2008 referente à aquisição de participação na DIXIE TOGA S/A.

ITEM 04 - Conforme consta na Escrituração Contábil Digital da DIXIE TOGA S/A, a mesma registrou em 31/12/2008, após a incorporação da DT PARTICIPAÇÕES S/A, um ágio no valor de R\$ 461.845.299,45 como segue:

Todavia, no Balanço Patrimonial da MISBE PARTICIPAÇÕES LTDA de 31/12/2005, consta um ágio no valor total de R\$ 498.280.833,57 (R\$ 312.270.810,31 + R\$ 141.707.589,93 + R\$ 44.302.433,33), e no Balanço Patrimonial de 27/11/2008, um ágio no valor total de R\$ 507.403.233,57 (R\$ 312.270.810,31 + R\$ 141.707.589,93 + R\$ 53.424.833,33).

Portanto, apresentar os lançamentos contábeis constantes na ECD-SPED da fiscalizada referentes à diferença entre os ágios registrados nos respectivos

Balanços Patrimoniais (no valor de R\$ 498.280.833,57 e de R\$ 507.403.233,57) e o registrado na ECD-SPED da fiscalizada (no valor de R\$ 461.845.299,45).”

“b) Resposta ao TIF 9:

ITEM 3

A diferença entre o ágio decorrente da aquisição da Dixie Toga S/A, qual seja, de R\$ 53.424.833,33 e R\$ 44.302.433,33 que totaliza R\$ 9.122.400,00 refere-se a novo valor de ágio decorrente de aquisições de outra ações da Dixie Toga S/A, conforme cópia da página 11 do Livro Diário Geral da Misbe Participações Ltda de abril de 2006.

ITEM 4

Esclarecemos que a diferença identificada na ECD da Dixie Toga S/A em 31/12/2008 após a incorporação da DT Participações S/A existente entre os valores de ágio registrados nos respectivos Balanços Patrimoniais da Misbe Participações Ltda, de 31/12/2005 e de 27/11/2008, quais sejam: R\$498.280.833,57 e R\$ 507.403.233,57, que totaliza R\$ 45.557.934,12 refere-se ao valor de deságio apurado na aquisição de investimentos da Dixie Toga S/A pela DT Participações S/A e registrada no Balanço Patrimonial da DT Participações S/A em 2005. Segue anexo a página 9 do Balancete da DT Participações S/A com o referido valor.”

A Autoridade Fiscal intimou o Contribuinte (Termo de Intimação Fiscal nº 12, itens 4 e 5) a apresentar o lançamento contábil do ágio registrado na MISBE, no valor de R\$ 9.122.400,00 e do deságio registrado na DT, no valor de R\$ 45.557.934,12. Em relação ao registro do ágio, o Contribuinte apresentou o Livro Diário da MISBE de 2006, no qual consta o referido lançamento. Nesse mesmo lançamento, encontra-se a observação: “pagamento referente ao ágio na aquisição de investimento DIXIE TOGA conforme contrato de 05/01/2005”.

Já em relação ao registro do deságio, informou, em resposta ao Termo de Intimação Fiscal nº 13 (protocolada em 03/09/2013), que o mesmo foi apurado em janeiro de 1999, apresentando o Livro Diário do ano de 1999 da DT.

Após a incorporação da DT pela DIXIE em 29/12/2008, esta iniciou a amortização do ágio a partir de janeiro de 2009, conforme se verifica em sua Escrituração Contábil Digital – ECD, no LALUR e no Livro de Apuração da Base de Cálculo da CSLL (vide fls. 2860 a 2869).

A Autoridade Fiscal ressaltou que o valor de R\$ 21.552.780,64, adicionado em 31/12/2011 no LALUR e no Livro de Apuração da Base de Cálculo da CSLL, refere-se à mudança do prazo de amortização do saldo do ágio, o qual foi modificado, a partir de 2011, de 10 anos para 17 anos.

À fl. 2870 do Termo de Verificação, a Autoridade Fiscal apresenta as despesas contabilizadas na ECD, mais as exclusões realizadas no LALUR e no Livro de Apuração da Base de Cálculo da CSLL, a título de amortização do referido ágio:

Despesas de ágio para efeitos fiscais
(ECD + LALUR + Livro de Apuração da BC da CSLL)

Período	ECD	LALUR e Apuração da BC da CSLL	Total
2009	R\$ 15.702.740,07	R\$ 30.481.789,84	R\$ 46.184.529,91
2010	R\$ 15.702.740,04	R\$ 30.481.789,76	R\$ 46.184.529,80
2011	R\$ 15.702.740,04	R\$ 8.929.009,12	R\$ 24.631.749,16

Quanto aos valores da tabela acima, esclareceu a Autoridade Fiscal que eles tinham sido ratificados pelo Contribuinte através da resposta ao Termo de Início de Procedimento Fiscal, protocolada em 07/08/2012.

A Autoridade Fiscal passa em seguida a tratar da infração apurada.

Inicialmente, indicou a falta de propósito negocial da operação de aquisição do controle da sociedade DIXIE TOGA S/A pela MISBE PARTICIPAÇÕES LTDA.

Para a Fiscalização, não basta a vontade dos acionistas da MISBE, SH, DT E DIXIE em se submeterem à disciplina atinente ao ato formalizado. Deve estar presente a vontade evidenciada ao realizá-lo. Nesse sentido, o Código Civil prevê que “nas declarações de vontade se atenderá mais a intenção nelas consubstanciadas do que ao sentido literal da linguagem” (art.112).

Argumenta a Autoridade Fiscal que a empresa veículo MISBE (“holding”) foi criada para a realização da aquisição e do pagamento, com ágio, do controle da empresa operacional DIXIE, a qual foi posteriormente incorporada, juntamente com as empresas “holdings” SH e DT, pela empresa operacional DIXIE apenas para fornecer uma aparência de conformidade ao direito, quando o contexto evidencia o fim prático a que o negócio se destinava: a internalização de um ágio pago de fato pela sociedade BEMIS, sediada no exterior, visando uma redução do pagamento de tributos através da dedução de encargos de amortização desse mesmo ágio na DIXIE.

A análise da operação em questão não há que ser feita para cada negócio isoladamente, mas em relação ao conjunto de negócios encadeados como um todo.

Analizando-se a situação existente quando da aquisição do controle da DIXIE pelo grupo BEMIS e a situação final após a última etapa constituída pela incorporação da DT pela DIXIE, pode-se afirmar que as situações, em termos de controle societário, são as mesmas, ou seja, a DIXIE tinha como controlador direto e indireto a BEMIS (68,65% de participação na DIXIE) e, após a última etapa, a DIXIE continuou a ter, agora como controlador apenas direto, a mesma sociedade BEMIS.

O caso em foco é composto de operações estruturadas em sequência, isto é, uma sequência de etapas em que cada uma corresponde a um tipo de ato ou deliberação societária ou negocial encadeado com o intuito de obter determinado efeito Fiscal mais vantajoso. Neste caso, cada etapa só tem sentido se existir a que lhe antecede e se for deflagrada a que lhe sucede.

A primeira etapa foi a constituição da “holding” MISBE em 02/12/2004, tendo como sócios as sociedades BEMIS (99%) e CURWOOD INC (1%) e possuindo um capital social a integralizar de R\$ 100,00 (cem reais). Nessa data, a sede da MISBE estava localizada na Av. Guido Caloi, nº 864, ou seja, no mesmo endereço da empresa operacional DIXIE e da DT. A aquisição formal do controle da DIXIE pela MISBE ocorreu logo após, em 05/01/2005.

Para a Autoridade Fiscal, fica claro que já havia uma negociação prévia entre a BEMIS e os controladores da DIXIE (as famílias HABERFELD e KLABIN) para a aquisição desta pela BEMIS, aquisição essa que foi realizada formalmente através da empresa veículo MISBE. Caso contrário, questiona a Autoridade Fiscal, como poderia a BEMIS constituir uma “holding” com sede no mesmo endereço da empresa operacional DIXIE antes da efetiva aquisição de seu controle?

O Contribuinte foi intimado (Termo de Intimação Fiscal nº 02) a esclarecer o motivo e a necessidade de constituição da sociedade MISBE; esclarecer a razão pela qual a sociedade DIXIE TOGA S/A não ter sido adquirida diretamente pela sociedade BEMIS COMPANY INC, mas sim por intermédio de sua subsidiária integral MISBE PARTICIPAÇÕES LTDA, constituída em 13/12/2004 (início de atividade em 02/12/2004) com um capital social de R\$ 100,00. Foi solicitada a apresentação da documentação comprobatória das alegações.

Em sua resposta (protocolada em 21/09/2012), o Contribuinte esclareceu que MISBE era necessária de modo a facilitar as negociações e transações com os diversos acionistas (inclusive minoritários) da DIXIE TOGA.

Com relação à aquisição direta da DIXIE pela BEMIS, disse o Contribuinte que foi uma opção do grupo BEMIS realizar aquisição através da MISBE, holding brasileira do grupo, pois era uma alternativa eficiente, já que se tratava de uma aquisição de controle de empresa aberta negociada em bolsa de valores, envolvendo diferentes partes e pagamentos.

A Autoridade Fiscal esclarece que em nenhum momento o grupo BEMIS ou a MISBE foram ao mercado de ações negociar e adquirir o controle da DIXIE. As negociações foram feitas diretamente com os 2 controladores da DIXIE (famílias HABERFELD E KLABIN) e mais 2 pessoas jurídicas (minoritários). Abaixo, reproduz-se a tabela de fl. 2873 dos autos.

A criação da empresa “holding” MISBE não se justifica apenas para realizar o pagamento pela aquisição do controle da DIXIE, uma vez que as partes envolvidas na negociação basicamente foram as famílias HABERFELD e KLABIN e o grupo BEMIS. E essa negociação foi realizada antes mesmo da aquisição formal ocorrida em 05/01/2005, uma vez que a sede da MISBE no momento de sua constituição era a mesma que a da DIXIE e da DT.

A segunda etapa ocorreu em 05/01/2005 com a aquisição do controle da DIXIE pela BEMIS, através da empresa veículo MISBE. Nessa data, a BEMIS remeteu à MISBE a quantia de R\$ 631.237.500,00 a título de aumento de capital social e a MISBE realizou nessa mesma data os pagamentos referentes à aquisição de 68,65% de participação direta e indireta na DIXIE. Na tabela de fl. 2874 estão apresentados os beneficiários dos pagamentos (pessoas físicas e jurídicas).

A análise das DIPJ da MISBE mostrou que a empresa não possuía qualquer funcionário e não remunerava dirigentes. Questionado a explicar quem eram os responsáveis pelas operações da MISBE e se os mesmos recebiam algum tipo de remuneração (além de outras perguntas), o Contribuinte respondeu que as operações da MISBE eram realizadas por seu Diretor Estatutário, que, na época das operações em exame, era o Sr. Robert Emmet Mescal Jr. O Contribuinte também informou que Robert Emmet Mescal Jr. Era funcionário do grupo BEMIS e, dentre suas funções, desempenhava o papel de

Diretor da SH Participações e da DT Participações. Seguindo a política global do grupo, os Diretores eram remunerados por todas as suas atividades, inclusive a de Diretores das referidas empresas, pelo grupo BEMIS.

Para a Autoridade Fiscal, das respostas do Contribuinte, ficou claro que a empresa veículo MISBE não operava de fato como uma verdadeira empresa “holding”. Não possuía funcionários, não possuía executivos para gerir e administrar a empresa, não remunerava seu único diretor estatutário, não possuía despesas de aluguel, não possuía qualquer imobilizado, em suma, era um empresa apenas de “papel”, não desempenhando as atividades inerentes a uma “holding”, dentre as quais se destacam (i) a solução de problemas de sucessão administrativa na empresa operacional, treinando sucessores, como também profissionais de empresa, para alcançar cargos de direção; (ii) cuidar da obtenção de financiamentos e empréstimos, possibilitando, assim, maior diversificação de negócios e planejamento estratégico do grupo; (iii) possibilitar melhor equilíbrio perante crises setoriais através da diversificação de negócios aos quais ela está intimamente ligada; (iv) administrar os interesses do grupo, controlar todos os seus negócios, fazer todos os planejamentos, estudos estratégicos e planos táticos de todo o grupo.

A análise dos ativos e passivos registrados nas DIPJ da MISBE, juntamente com a sua contabilidade, permite concluir que a MISBE possuía investimentos na SH, DT e DIXIE (SH e DT possuíam investimentos na DIXIE), recebeu dividendos das investidas e realizou despesas referentes a taxas, impostos, encargos bancários e a prestação de serviços de contabilidade por terceiros (pessoa jurídica).

A terceira, quarta e quinta etapas se deram através de sucessivas incorporações ocorridas em menos de 30 dias, onde a SH incorporou a MISBE em 01/12/2008, a DT incorporou a SH

em 02/12/2008 e finalmente a DIXIE incorporou a DT em 29/12/2008. Concluídas as incorporações, a BEMIS passou a deter o controle direto da DIXIE.

A Autoridade Fiscal, baseada no que (a) constava no Protocolo de Justificação e Incorporação, assinado entre as sociedades SH PARTICIPAÇÕES S/A e MISBE PARTICIPAÇÕES LTDA e entre as sociedades DT PARTICIPAÇÕES S/A e SH PARTICIPAÇÕES S/A, de que a incorporação da Incorporada na Incorporadora se justificava pelo fato de que a incorporação resultaria na unificação das operações e redução de custos; (b) constava no Protocolo de Justificação e Incorporação, assinado entre as sociedades DIXIE TOGA S/A e DT PARTICIPAÇÕES S/A, que, adicionalmente, a incorporação evitará a duplicidade de custos e a superposição de operações pelas duas sociedades; intimou o Contribuinte (Termo de Intimação Fiscal nº 10) a (i) comprovar através de documentos contábeis, fiscais e outros quais foram as reduções de custos obtidas com as referidas incorporações; (ii) quais operações foram evitadas com as referidas incorporações; (iii) apresentar os documentos comprobatórios das alegações a serem apresentadas.

Em resposta ao Resposta ao Termo de Intimação Fiscal nº 10, o Contribuinte explicou:

“ITEM 03

Como informado anteriormente, a SH Participações e a DT Participações eram empresas holding organizadas em 1995 pelas famílias que eram antigas controladoras da Dixie Toga S/A (famílias Haberfeld e Klabin). Tais empresas foram adquiridas pela Misbe no processo de aquisição do controle acionário da Dixie Toga S/A.

Após a aquisição dessas empresas holding pela Misbe, o grupo Bemis decidiu manter essas ativas por determinado tempo.

No entanto, considerando que a Misbe, a SH Participações e a DT participações eram empresas holding e considerando haver custo para manutenção dessas pessoas jurídicas ativas (em especial, a manutenção de contabilidade segregada, o cumprimento de obrigações acessórias perante a Receita Federal do Brasil e a organização societária dessas empresas), decidiu-se extinguir essas empresas mediante incorporação, em momento posterior.”

A Autoridade Fiscal concluiu, das explicações dadas pelo Contribuinte, dos documentos apresentados, bem como dos documentos levantados pela própria Fiscalização, que as reduções de custos obtidas com as referidas incorporações basicamente referiam-se a custos contábeis, corroborando com a afirmativa de que a MISBE não atuou de fato como uma empresa “holding”, existindo apenas formalmente no papel.

Sobre a última etapa da operação, ou seja, da incorporação da DT pela DIXIE, constava no Protocolo de Justificação e Incorporação, datado de 11 de dezembro de 2008:

“IV. FUTURA CAPITALIZAÇÃO DO EFETIVO BENEFÍCIO FISCAL A SER AUFERIDO EM DECORRÊNCIA DA AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO 13. O valor do Ágio, considerando a aquisição direta e indireta do controle acionário da INCORPORADORA em 05 de janeiro de 2005, é de R\$ 461.845.299,45, tendo sido fundamentado com base na expectativa de rentabilidade futura.

14. Assim, mediante a incorporação, será constituída uma reserva especial de ágio na INCORPORADORA no valor de R\$ 157.027.401,81, equivalente ao benefício fiscal que decorrerá da amortização do Ágio, tendo a INCORPORADA constituído a provisão em montante equivalente à diferença entre o valor do Ágio e o benefício fiscal decorrente de sua amortização, conforme estabelecido no artigo 6o, parágrafo 1o, da Instrução CVM nº 319/99, com suas alterações posteriores.

Referida provisão encontra-se refletida no balanço patrimonial da INCORPORADA levantado em 08 de dezembro de 2008, o qual constitui o balanço-base da presente incorporação.

15. Conforme previsto no artigo 7º da Instrução CVM nº 319/1999, com suas alterações posteriores, após o término de cada exercício social e na medida em que a INCORPORADORA vier a auferir benefício fiscal em decorrência da amortização do Ágio e que este benefício representar uma efetiva diminuição dos tributos pagos pela INCORPORADORA, a correspondente parcela da reserva especial de ágio que será constituída em razão da presente incorporação será objeto de capitalização em proveito da acionista BEMIS COMPANY INC.. A capitalização será implementada mediante a emissão de novas ações, ficando o respectivo aumento de capital sujeito ao direito de preferência dos acionistas não controladores da INCORPORADA, na proporção de suas respectivas participações por espécie e classe de ação à época da emissão, sendo que as importâncias pagas por eles no exercício deste direito serão entregues diretamente à acionista controladora da INCORPORADA. O preço de emissão das ações será fixado, a cada capitalização, conforme disposto no parágrafo 1º do Artigo 170 da lei nº 6.404/76, com suas alterações posteriores.”, (g.n.) (negritos feitos pela Fiscalização.)

Dos trechos acima, retirados do citado Protocolo de Justificação e Incorporação, a Autoridade Fiscal entendeu ter restado claro que o ágio pago pela aquisição de 68,65% da DIXIE foi de fato pago pela BEMIS. Após as incorporações mencionadas, a BEMIS seria a única a se aproveitar do benefício fiscal proveniente da amortização tributária do ágio.

Conclui a Autoridade explicando que a operação estruturou-se basicamente em 5 etapas, indicando a existência de um objetivo único, predeterminado à realização de todo o conjunto, indicando, também, uma causa jurídica única. Nenhum motivo autônomo se apresenta nos autos que venha a justificar a realização de cada uma das etapas da operação, ou seja, não existia uma finalidade diferente para cada etapa das operações que as justificasse. A finalidade era única e somente seria obtida ao término de todas as etapas, ou seja, a redução indevida do pagamento de tributos pela DIXIE em função da amortização de um ágio internalizado indevidamente, ágio este pago de fato pela BEMIS (“holding” sediada no exterior).

Continuando, a Autoridade Fiscal passou a discorrer sobre os investimentos em aquisições de outras empresas, com ágio ou deságio, que tem o seu tratamento fiscal disciplinado nos artigos 385 e 386 do RIR/99.

Disse que, em regra, a legislação veda os efeitos fiscais das contrapartidas da amortização desse ágio ou deságio, exigindo o seu controle em livro fiscal, para permitir o seu cômputo de ganho ou perda de capital quando da alienação ou liquidação do investimento.

No plano tributário, enquanto não houver a alienação ou liquidação do investimento adquirido, todo ágio ou deságio, contabilmente amortizado, deve ter anulado seus efeitos fiscais perante o IRPJ e a CSLL, adicionando-se o ágio ou excluindo-se o deságio, mantendo-se o controle desses valores em livros fiscais próprios para o seu aproveitamento quando da alienação ou liquidação do investimento.

Anteriormente, a disciplina criada pelos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, ensejava um costumeiro “planejamento tributário” por parte de “alguns contribuintes”, que consistia em 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, considerando-se o ágio como imediata perda de capital, uma vez que ocorrera a extinção do investimento.

Para coibir esse tipo de operação, a Lei nº 9.532/1997 estabeleceu novo tratamento fiscal para o ágio ou deságio na aquisição de investimento em outras empresas, de forma a, considerando a sua fundamentação econômica, somente permitir a apuração da perda ou ganho de

capital para os casos de extinção do investimento por incorporação, fusão ou cisão das sociedades, não no momento do evento, mas sim, uma vez registrado contabilmente, num prazo de amortização não inferior a 60 meses, conforme disciplinado no artigo 386 do RIR/99, com base legal nos artigos 7o e 8o da Lei nº 9.532/1997 e alterações dadas pelos artigos 10 e 11 da Lei nº 9.718/1997.

A permissão legal dada pelo dispositivo legal citado para que a empresa resultante da reorganização societária de incorporação, fusão ou cisão, em que houver investimento de uma em outra, adquirido com ágio cujo fundamento econômico seja expectativa de rentabilidade futura, possa apropriar a amortização desse ágio como despesa dedutível, impõe a absorção do patrimônio da incorporada, fusionada ou cindida; pois que, de outra forma, permanecendo a existir o investimento, não se caracteriza a situação prevista na norma, que é exatamente o de estabelecer uma regra de tributação para quando acontece a “confusão patrimonial do investimento”, ou seja, o ágio pago na aquisição da controlada resta desacompanhado de sua origem (conta de investimento).

Nas discussões sobre planejamento tributário, o foco não se situa na compreensão da hipótese de incidência da norma tributária, mas, sobretudo, na qualificação dos fatos jurídicos. Somente se pode saber qual é a norma jurídica aplicável ao caso depois que se classifica o negócio jurídico. Primeiro se qualifica o ato para depois se verificar a regra aplicável.

No presente caso, o fato jurídico ocorrido é que a empresa investidora, ou seja, a empresa que de fato adquiriu o investimento com ágio, foi a sociedade BEMIS. Todavia, formalmente, quem adquiriu o investimento foi a MISBE. Inicialmente, a sociedade BEMIS adquiriu o controle indireto da DIXIE.

Após sucessivas incorporações ocorridas em dezembro de 2008, ou seja, em 01/12/2008, a SH incorpora a MISBE; em 02/12/2008, a DT incorpora a SH; em 29/12/2008, a DIXIE incorpora a DT; a sociedade BEMIS passou a ter o controle direto da DIXIE. Portanto, investidor e investida continuaram existindo. Não houve de fato a “confusão patrimonial do investimento” conforme relatado acima.

Às fls. 2882 a 2886, a Autoridade Lançadora apresenta diagramas esquemáticos para visualização dos fatos ocorridos, da transação real, isto é, ocorrida de fato, e também da transação formal engendrada pelo grupo BEMIS.

Esclarece a Autoridade Lançadora que a prática adotada pela BEMIS, detentora do controle da empresa fiscalizada, consistiu numa série de procedimentos com o objetivo de construir uma situação contábil que lhe permitisse o aproveitamento (indevido) do benefício fiscal de amortização do ágio previsto no art. 386 do RIR/99, isso sem que a sociedade que efetivamente adquiriu o investimento com ágio liquidasse esse investimento.

O que a BEMIS fez foi internalizar um ágio através da MISBE, ágio este que deveria estar registrado na contabilidade da própria BEMIS, uma vez que foi essa sociedade a verdadeira compradora e pagadora por 68,65% de participação na DIXIE.

Assim, procedendo a uma série de “reestruturações societárias”, a BEMIS conseguiu i) permanecer com os seus investimentos na DIXIE intocados e; ii) lançar no Ativo Não Circulante, Investimentos, Ágios em Investimentos, da DIPJ 2009 (ano-calendário 2008) da sociedade DIXIE um valor igual a R\$ 157.027.401,82, que nada mais é que o ágio mais a sua provisão retificadora, valor este que equivale ao benefício fiscal de IRPJ e CSLL sobre o valor do ágio (34% x R\$ 461.845.299,45).

O fim visado pelo Contribuinte era a utilização do benefício fiscal de redução da carga tributária na DIXIE, cujo permissivo estava condicionado à incorporação/fusão/cisão das empresas investidora - investida. Como não era essa a vontade do real detentor do controle da DIXIE, ou seja, a BEMIS, engendrou-se o artifício jurídico de constituir uma empresa veículo denominada

MISBE, a qual serviu como intermediária na passagem do dinheiro referente ao pagamento da aquisição do controle da DIXIE, com o objetivo de internalizar o ágio que de fato deveria estar no exterior (registrado na contabilidade da BEMIS). Finalizada a transação de aquisição do controle da DIXIE, as “holdings” MISBE, SH e DT foram incorporadas de forma a ser possível a amortização tributária do ágio na sociedade DIXIE.

O art. 386 do RIR/99, para permitir a dedutibilidade da amortização do ágio, exige a efetiva extinção do investimento através dos institutos da fusão, cisão ou incorporação entre as empresas investidora e investida. Ou seja, a legislação tributária instituiu um disciplinamento para tributação do resultado de um negócio jurídico particular que culmina numa “confusão patrimonial” – o ágio de si mesmo.

No presente caso, não houve a requerida unificação patrimonial. Continuou existindo a sociedade investidora de fato, a BEMIS, e o seu investimento, que é a DIXIE (Fiscalizada). Apenas se fabricou na DIXIE o que deveria ser o “ágio de si mesma”. Para a Autoridade Fiscal, tudo não passou de um estratagema para deduzir as despesas de amortização de ágio e obter ganho tributário, gerando prejuízo para o Fisco Federal.

Portanto, o ágio não pode ser amortizado em termos fiscais, enquanto coexistirem a sociedade investidora de fato (BEMIS) e a sociedade investida (DIXIE). Se não houver a unificação patrimonial da real investidora e da sua investida, o ágio pago pela aquisição da investida não é amortizável para fins tributários.

O Contribuinte amortizou entre janeiro/2009 a dezembro/2011, para fins tributários, o montante de R\$ 117.000.808,87 a título de despesa de amortização de ágio na apuração do Lucro Líquido do Exercício, do Lucro Real e da Base de Cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, conforme consta na Escrituração Contábil Digital – ECD, no Livro de Apuração do Lucro Real - LALUR e no Livro de Apuração da Base de Cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – LACS:

Despesa de amortização do ágio LALUR, LACS e ECD-SPED

	ECD-SPED	LALUR e LACS		
Período	Despesa - benefício fiscal do ágio	Exclusão - reversão da provisão do ágio	Adição - excesso de amortização do ágio MISBE (diferença prazo 10 para 17 anos)	Total da despesa de ágio
2009	R\$15.702.740,07	R\$ 30.481.789,84		R\$46.184.529,91
2010	R\$ 15.702.740,04	R\$ 30.481.789,76		R\$46.184.529,80
2011	R\$15.702.740,04	R\$ 30.481.789,76	R\$ 21.552.780,64	R\$24.631.749,16

Pelos motivos acima expostos, os valores amortizados na apuração do Lucro Líquido do Exercício, do Lucro Real e da Base de Cálculo da Contribuição Social reduziram indevidamente o IRPJ e a CSLL a pagar e, portanto, devem ser glosados nos seguintes montantes:

Período de Apuração	Valor a ser glosado
---------------------	---------------------

2009	R\$ 46.184.529,91
2010	R\$ 46.184.529,80
2011	R\$ 24.631.749,16

Para a Autoridade Fiscal, houve no presente caso a intenção clara e inequívoca de adquirir o controle da DIXIE. Para tanto, foi engendrada uma artimanha jurídica de interpor uma sociedade sediada no Brasil (MISBE) para realizar os pagamentos aos detentores de 68,65% das participações na DIXIE, em 05/01/2005.

Assim, entende a Fiscalização que a DIXIE agiu dolosamente ao tentar iludir o Fisco Federal de que a mesma teria o direito à amortização tributária de um ágio que foi pago de fato pela BEMIS, logo não amortizável tributariamente, uma vez que investidor (BEMIS) e investida (DIXIE) continuavam a coexistir após as sucessivas incorporações ocorridas em dezembro de 2008. Além disso, não houve qualquer propósito negocial para a aquisição do controle da DIXIE formalmente pela MISBE.

Dessa forma, a multa aplicada ao caso foi a qualificada, de acordo com o previsto no art. 44 da Lei nº 9.430/1996 e nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/1964, visto que o Contribuinte agiu com dolo, justificando a qualificação da multa aplicada.

No ano de 2009, 2010 e de 2011, o Contribuinte optou como forma de tributação do lucro e apuração do IRPJ e da CSLL pelo Lucro Real Anual.

Utilizou-se também, para o cálculo do Imposto de Renda Mensal por Estimativa e para o cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido Mensal por Estimativa, do Balanço ou Balancete de Suspensão ou Redução, previsto nos art.35 e 57 da Lei nº 8.981/95.

Analizando-se a Escrituração Contábil Digital - ECD, o Livro de Apuração do Lucro Real - LALUR e o Livro de Apuração da Base de Cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – LACS do Contribuinte no período entre janeiro/2009 a dezembro/2011, a Autoridade Fiscal verificou que o Lucro Líquido do Exercício, o Lucro Real e a Base de Cálculo da CSLL levantados com Base em Balanço ou Balancete de Suspensão ou Redução foram minorados devido à dedução e à exclusão indevidas das despesas de amortização de ágio, conforme demonstrativo de fls. 2895 a 2896 dos autos.

Como consequência, houve uma redução dos pagamentos do Imposto de Renda e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido mensais por estimativa, conforme demonstrado na “Planilha IRPJ e CSLL Mensal por Estimativa” (Anexo I do Termo de Verificação Fiscal).

A falta de recolhimento da estimativa mensal do IRPJ e da estimativa mensal da CSLL constitui infração prevista no art. 44, inciso II, alínea "b", da Lei nº 9.430/96, com redação dada pela Lei nº 11.488/2007, implicando em aplicação de multa de 50%, exigida isoladamente, sobre o valor do pagamento mensal. No Anexo I do Termo de Verificação Fiscal encontram-se os períodos de apuração nos quais a multa foi cobrada e as respectivas bases de cálculo.

Conclui a Autoridade Lançadora observando que, em face do disposto na Portaria RFB nº 2439, de 21 de dezembro de 2010, e alterações introduzidas pela Portaria RFB nº 3182, de 29 de julho de 2011, foi formalizada a Representação Fiscal para Fins Penais através do processo administrativo sob nº 16561.720.116/2013-76.

Da Impugnação

Nos termos da decisão da DRJ, segue o relato da Impugnação, de fls. 1.149/1.187:

Inicialmente, a Impugnante discorreu sobre as operações relacionadas com o presente caso, indicando que a empresa Misbe Participações Ltda (“Misbe”), empresa holding brasileira do grupo Bemis, decidiu adquirir o controle acionário da empresa Dixie Toga S/A, como parte de sua expansão mundial de mercado no setor de embalagens.

Que todas as operações foram realizadas entre partes não relacionadas, sendo o preço acordado entre as partes pago em moeda corrente através de transferências bancárias e o ágio pago foi fundado em expectativa de rentabilidade futura atestada em estudo elaborado à época das aquisições.

A Misbe, então, registrou ágio passível de amortização nos termos do artigo 385 do Regulamento do Imposto de Renda. Tendo em vista o desejo do grupo Bemis de continuar adquirindo ações da Dixie Toga S/A dos acionistas minoritários remanescentes, a Misbe permaneceu em funcionamento até dezembro de 2008, ou seja, por aproximadamente três anos após a aquisição do controle acionário da Dixie Toga S/A.

Depois desse período, o grupo Bemis decidiu simplificar sua estrutura societária eliminando todas as empresas holding e, assim, a Misbe foi incorporada pela SH, a SH foi incorporada pela DT e, por fim, a DT foi incorporada pela Dixie Toga S/A, a ora Impugnante.

Em virtude dessas incorporações, o ágio registrado pela Misbe compôs o patrimônio vertido na Dixie Toga S/A e esta passou a amortizar o ágio a partir de janeiro de 2009, nos termos do artigo 386 do Regulamento do Imposto de Renda.

A Impugnante afirma ter absoluta convicção da regularidade das operações realizadas pela MISBE e, conseqüentemente, da regularidade do ágio decorrente dessas operações e de sua posterior amortização, para fins fiscais. Não só o ágio foi gerado em total conformidade com as condições legais estabelecidas nos artigos 385 e 386 do Regulamento do Imposto de Renda, como o propósito negocial da MISBE pode ser claramente demonstrado em seus três anos de duração.

A Impugnante também não concorda com a absurda alegação de que as operações realizadas pela MISBE seriam fraudulentas e que teriam sido realizadas com o único intuito de “iludir o Fisco Federal”. Como dito acima, o objetivo das operações foi a aquisição do controle acionário da Dixie Toga S/A de partes não relacionadas com cumprimento de todas as formalidades legais, inclusive perante a CVM, uma vez que se tratava de empresa aberta com acionistas minoritários, o que certamente não foi uma fraude e tampouco teve relação com o Fisco Federal.

A defesa apresentada visa demonstrar: (i) a regularidade do registro e amortização do ágio; (ii) a impossibilidade da aplicação da multa qualificada de 150%; (iii) impossibilidade da aplicação da multa isolada de 50%; (iv) a impossibilidade de exigência de juros de mora sobre a multa de ofício; e, por fim (v) decadência do direito de as autoridades fiscais questionarem o ágio.

Em julgamento realizado em 26 de dezembro de 2014, a 3ª Turma da DRJ/SPO, considerou improcedente a impugnação da contribuinte e prolatou o acórdão 16-64.386, assim ementado:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA -
IRPJ

Ano-calendário: 2009, 2010, 2011

INCORPORAÇÃO. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. SIMULAÇÃO. INDEDUTIBILIDADE.

A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, na qual detenha participação societária adquirida com ágio poderá amortizar o valor do ágio. Porém, provada a ocorrência de simulação, com a demonstração de que as operações realizadas objetivaram ocultar a real intenção dos atos, é devida a glosa da amortização do ágio deduzido na base de cálculo dos tributos lançados.

SIMULAÇÃO. CARACTERÍSTICAS.

A simulação é caracterizada pela divergência entre a exteriorização dos atos formalmente praticados e a vontade, a intenção, desejada. Na simulação, os atos praticados pelas partes são desejados apenas na sua forma, mas materialmente objetiva-se outro resultado. Na simulação, é irrelevante que os atos formais praticados publicamente sejam lícitos, pois esse fato não influi no cerne da definição de simulação, que é a divergência entre exteriorização e vontade.

OPERAÇÕES ESTRUTURADAS EM SEQUÊNCIA E EM CURTO INTERVALO DE TEMPO. INCORPORAÇÕES REVERSAS. SIMULAÇÃO.

Atos praticados em sequência e num curto intervalo de tempo, ocorrência de incorporações reversas, ausência de propósito negocial, mostram a divergência entre a exteriorização dos atos praticados com a vontade real, descaracterizando a operação praticada cujo objetivo era a utilização do ágio pago efetivamente por empresa situada no exterior.

PRECLUSÃO DA LEGALIDADE DA CORREÇÃO DE ATOS PASSADOS PELO FISCO. DECADÊNCIA TRIBUTÁRIA. REPERCUSSÃO EM EXERCÍCIOS FUTUROS. FISCALIZAÇÃO. POSSIBILIDADE.

A perda do direito, decorrente da ocorrência do fato decadencial, de se praticar o ato de lançamento não se confunde com a possibilidade de correção de lançamentos contábeis que possuem implicações de ordem tributária. O direito de o Fisco averiguar fatos ocorridos em períodos passados está protegido pela lei, ainda que não seja mais possível efetuar o lançamento, mormente quando esses fatos repercutem em lançamentos contábeis de exercícios futuros que implicam em pagamento a menor dos tributos devidos.

MULTA ISOLADA. MULTA DE OFÍCIO. BASES DE CÁLCULO DISTINTAS.

As bases de cálculo das multas isolada e de ofício, por falta de recolhimento de antecipação e por falta de pagamento da contribuição ou tributo, respectivamente, são distintas. Constatada a insuficiência de pagamento de estimativas e de pagamento do tributo, verifica-se a ocorrência de duas infrações.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. SIMULAÇÃO. CABIMENTO. Verificado comportamento que se enquadra nas condições previstas na

legislação tributária para a qualificação da multa de ofício, correta a aplicação do percentual de 150%.

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO. LEGALIDADE DA COBRANÇA.

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

ALEGAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADES E/OU ILEGALIDADES.

A apreciação de alegações de inconstitucionalidades e/ou ilegalidades é de exclusiva competência do Poder Judiciário. Questionamentos dessa natureza não são apreciáveis na esfera administrativa.

JURISPRUDÊNCIA ADMINISTRATIVA. ABRANGÊNCIA.

Decisões proferidas pelo Conselho de Contribuintes não vinculam os integrantes das turmas de julgamento das Delegacias da Receita Federal de Julgamento, aplicam-se ao próprio processo julgado e apenas servem como referência, seja para o contribuinte ou para o Fisco, conforme o caso.

TRIBUTAÇÃO CONEXA. CSLL.

Aplica-se ao lançamento conexo o decidido sobre o lançamento que lhe deu origem, eis que possuem os mesmos elementos de prova.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Do Recurso Voluntário

A ora recorrente, devidamente cientificada do acórdão recorrido, apresentou recurso voluntário tempestivo (fls. 3.273/3.340), onde pugna pela improcedência dos lançamentos, cancelando-se os valores de IRPJ e CSLL.

(I) Preliminar

Da nulidade da decisão de primeira instância por impossibilidade de modificação dos fundamentos do lançamento fiscal;

(II) Do Mérito

(a) Da Liberdade de auto-organização;

(b) Da regularidade da estrutura adotada para aquisição da Recorrente;

(c) Do regular registro e amortização do ágio;

(d) Da inexistência de simulação ou dolo na operação em exame

(e) Da impossibilidade de aplicação concomitante de multa de ofício e de multa isolada;

(f) Da impossibilidade de aplicação de Juros de mora sobre a multa de ofício;

(g) Da Decadência do direito do Fisco de questionar o ágio registrado no ano-calendário de 2005;

A PGFN apresentou suas contrarrazões às fls. 3.344/3.383, alegando em síntese acerca da:

- (I) Validade da decisão recorrida e inexistência de inovação do lançamento;
- (II) Inexistência de decadência para fiscalizar os atos societários que deram origem ao ágio;
- (III) Ineficácia fiscal do ágio amortizado;
- (IV) Devida qualificação da multa de ofício;
- (V) Possibilidade de aplicação concomitante da multa isolada com a multa de ofício;
- (VI) Devida cobrança de juros sobre a multa de ofício.

Recebi, por sorteio, o presente auto em 26/01/2017.

É o relatório.

Voto

Conselheira Amélia Wakako Morishita Yamamoto

A contribuinte foi cientificada do teor do acórdão da DRJ/POA foi intimada ao recolhimento dos débitos de IRPJ e de CSLL em 05/03/2015 (ciência abertura do documento à fl. 3.270), e apresentou em 01/04/2015, recurso voluntário, juntados às fls. 3.273/3.340, tempestivamente, portanto dele conheço.

PRELIMINARES

1 - Da nulidade da decisão de primeira instância por impossibilidade de modificação dos fundamentos do lançamento fiscal

Preliminarmente, alega a recorrente a existência de nulidade na decisão de primeira instância uma vez que a DRJ justificou a manutenção da qualificação da multa de ofício com base na simulação, enquanto a Fiscalização mencionou o dolo, alterando os fundamentos do lançamento fiscal.

Entretanto, da análise do TVF, fls. 2.839/2.920, verifico que há menção para justificar o próprio dolo do Recorrente em fatos que para a Fiscalização constituíram em situações simuladas, em que pesem, os seguintes trechos:

A fiscalizada, ao formalizar seus registros contábeis e societários de forma a dar uma aparência de correção ao montante do ágio amortizado tributariamente, pretende induzir a fiscalização a avaliar uma operação que, nessas circunstâncias, é inoponível à Fazenda.

Veja-se a excelente exposição extraída do Ac. n.º 4681, de 17/11/2004, da 5ª Turma de Julgamento da DRJ de Porto Alegre, cujo relator, Víctor Augusto Lampert, com muita propriedade assim se pronuncia a respeito de simulação:

“1.1. Simulação: conceito e meios de prova

No Direito Brasileiro, o conceito de simulação, em que pese inserir-se na Teoria Geral do Direito, encontra-se positivado no Código Civil em vigor:

“Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.

§ 1º Haverá simulação nos negócios jurídicos quando:

I – aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem;

II – contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira;

III – os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados.

§ 2º Ressalvam-se os direitos de terceiros de boa-fé em face dos contraentes do negócio jurídico simulado.”

No entanto, por força do art. 2.035 do Código em vigor, a validade dos atos praticados anteriormente a sua vigência deve ser verificada à luz do Código Civil de 1916, que, apesar de atribuir efeitos diferentes à simulação, a conceituava de forma idêntica à atual:

Assim, verifico que a Fiscalização deixou clara sim, a situação de simulação para qualificar a multa, e desqualificar as amortizações de ágio realizadas pela Recorrente, caracterizando o intuito doloso do contribuinte. Não havendo o que se falar em inovação da decisão recorrida.

Ademais, não verifico qualquer um dos requisitos que dariam ensejo a declaração de nulidade do auto de infração ou da decisão recorrida. Ademais, este contém, dentre outros requisitos formais, a capitulação legal e a descrição dos fatos. Somente a ausência total dessas formalidades é que implicaria na invalidade do lançamento, por cerceamento do direito de defesa.

Nos termos do art. 59 do Decreto 70.235/72:

Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

§ 1º A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou sejam consequência.

§ 2º Na declaração de nulidade, a autoridade dirá os atos alcançados, e determinará as providências necessárias ao prosseguimento ou solução do processo.

§ 3º Quando puder decidir do mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta. (Incluído pela Lei nº 8.748, de 1993)

Art. 60. As irregularidades, incorreções e omissões diferentes das referidas no artigo anterior não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio.

Assim, deixo de conhecer desta preliminar argüida.

2 - Da decadência - origem do ágio em 2005

Também, a Recorrente pugna pela impossibilidade do Fisco efetuar lançamentos sobre fatos pretéritos, já consumados em razão do decurso do prazo decadencial, uma vez que o ágio, como elemento contábil e societário, surgiu em janeiro de 2005, quando a Misbe adquiriu a participação societária na Recorrente, na SH Participações e na DT Participações, momento em que, nos termos do art. 385 do RIR/99, a Misbe registrou seu investimento na Recorrente, segregando custo de aquisição em valor de patrimônio líquido e em ágio. No seu entender, numa fiscalização levada a efeito em outubro de 2013, a Autoridade Fiscal não poderia questionar os atos societários que deram origem ao ágio, na medida em que esse direito já teria decaído.

Quando da análise da decadência envolvendo fatos pretéritos com repercussão futura, devemos observar o fato que está repercutindo, a fim de avaliar se o

lançamento que está sendo efetuado implica alteração de resultado fiscal alcançado pela decadência.

No presente caso, o fato pretérito que está repercutindo no lançamento não é o resultado fiscal de período anterior, mas reorganização societária que a fiscalização imputou artificiosa e simulada, para produzir uma despesa dedutível. E o que está sendo objeto de lançamento não são os atos societários, eis que a Secretaria da Receita Federal do Brasil, por seus agentes, não valida ou invalida atos societários, mas analisa sua repercussão frente à legislação tributária e exige os tributos porventura deles decorrentes.

Segue trecho do recente Acórdão nº 9101.002.387, proferido pela C. 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, de relatoria do I. Conselheiro Luís Flávio Neto, publicado em 14/09/2106:

Ocorre que o prazo de decadência em questão apenas começa a fluir a partir do momento em que o contribuinte realiza a amortização do ágio, pois somente a partir daí é possível cogitar inércia do fisco: a partir da dedução das despesas de ágio da base de cálculo do tributo, caso o fisco discorde, deverá lavrar AIIM para a glosa correspondente, o que não seria possível antes da efetiva amortização ter sido levada a termo pelo contribuinte.

Dessa forma, tendo em conta que o ágio apurado em 2005 só foi amortizado em 2009 e seguintes, quando fez valer-se de sua condição de direito creditório, alterando a base de cálculo dos tributos e, assim, sendo passível de glosa pelo Fisco, entendendo adequada a formalização da exigência em tela. Por conseguinte, REJEITO a preliminar de decadência arguida.

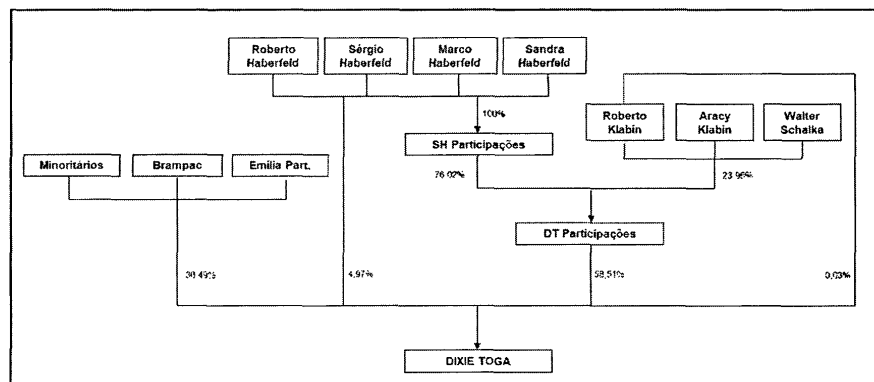
Assim, meu voto é no sentido também de rejeitar esta preliminar suscitada.

MÉRITO

Trata-se o presente de lançamento em razão da exclusão indevida de valores que reduziram as bases de cálculo de IRPJ e CSLL nos anos calendários de 2009 a 2011, à título de despesas de amortização de ágio em situação que para o Fisco se constituiu como simulada e portanto irregular.

Passemos à análise dos fatos:

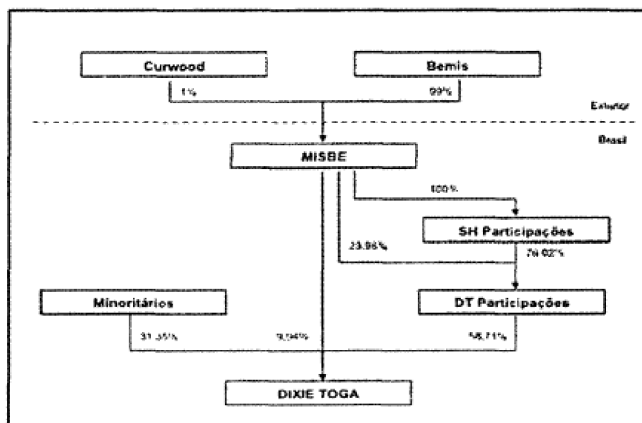
1) em 2005, o grupo Bemis quis adquirir as ações da Recorrente, que era uma sociedade anônima de capital aberto negociada em bolsa de valores, controladas pelas famílias Habermeld e Klabin, conforme abaixo:



Para tanto, a Bemis se utilizou de uma empresa holding no Brasil, a Misbe Participações Ltda. (Misbe).

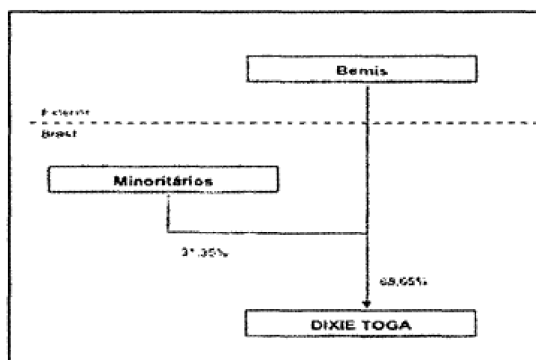
E em Janeiro de 2005, a Misbe adquiriu o controle acionário da empresa Dixie Toga S/A, como parte de sua expansão mundial de mercado no setor de embalagens. E para tanto, ela adquiriu as ações da Dixie Toga S/A detidas por pessoas físicas (famílias Haberfeld e Klabin), e ações de empresas holding que detinham ações da Dixie Toga S/A (SH Participações S/A - "SH" e DT Participações S/A - "DT"). Em seguida, a Misbe iniciou a aquisição de minoritários com a compra de ações da Dixie Toga S/A detidas por pessoas jurídicas (Brampac e Emília Participações).

Dessa aquisição a Misbe registrou ágio, conforme art. 385 do RIR/99. Passando a estrutura ter a seguinte forma:



Continua a Recorrente, que o grupo Bemis ensejava continuar a adquirir ações da Dixie Toga S/A dos acionistas minoritários remanescentes, a Misbe permaneceu em funcionamento até dezembro de 2008.

Quando o Grupo Bemis decidiu simplificar a sua estrutura societária, eliminando todas as empresas holding, e assim sendo, a Misbe foi incorporada pela SH, e a SH foi incorporada pela DT, e, por fim, a DT foi incorporada pela Dixie Toga S/A, ora Recorrente. Passando a estrutura final a seguinte:



Dessa forma, o ágio registrado pela Misbe compôs o patrimônio vertido na Dixie Toga S/A, e esta passou a amortizar o ágio a partir de janeiro de 2009, nos termos do art. 386 do RIR/99.

No caso em tela, a Fiscalização e a decisão *a quo* refutam a existência da Misbe, já que sem propósito negocial, constituindo-se tão-somente em empresa veículo para a internalização do ágio, e que após uma série de operações não típicas de mercado, incorporações, realizadas em curtos espaços de tempo, visou unicamente a utilização do ágio pago, implicando em grande "economia" de tributos pela empresa brasileira.

E que em resumo, concluiu-se que o controle da Recorrente foi de fato adquirido, com ágio, pela empresa americana Bemis, de forma indireta, com a criação de empresa veículo, para que fosse possível o aproveitamento do ágio, através de operações estruturadas em sequência, ocorridas em curto intervalo de tempo, passando a Bemis a ter o controle direto da ora Recorrente, que possui o "direito" de utilizar o ágio.

Conforme se verifica dos autos, e da decisão *a quo*, reitere-se que **não é caso de ágio gerado artificialmente**, mas de ágio decorrente da aquisição pela Bemis da participação societária de 68,65%, que a DT e a SH detinham junto à Dixie, em janeiro de 2005, no valor de R\$628.542.301,97, em que foi pago um ágio de R\$498.280.833,57, **operação com propósito negocial visível e envolvendo pessoas jurídicas independentes, com dispêndio de recursos e com previsão de ganho com base na rentabilidade futura.**

Nessa mesma data, ou seja, em 05/01/2005, a MISBE efetua o pagamento às pessoas jurídicas e físicas detentoras direta e indiretamente da participação de 68,65% (sessenta e oito inteiros e sessenta e cinco centésimos por cento) da DIXIE, conforme consta no extrato bancário⁸ apresentado a esta fiscalização, assim como informado pela fiscalizada em resposta ao Termo de Intimação Fiscal nº 01⁹, protocolada em 27/08/2012¹⁰, como segue:

a) extrato bancário:

Essas aquisições foram feitas pagando-se um ágio de rentabilidade futura no valor total de R\$ 498.280.833,57 (quatrocentos e noventa e oito milhões, duzentos e oitenta mil, oitocentos e trinta e

três reais e cinquenta e sete centavos), sendo R\$ 44.302.433,33 (quarenta e quatro milhões, trezentos e dois mil, quatrocentos e trinta e três reais e trinta e três centavos) pela aquisição de participação na DIXIE, R\$ 141.707.589,93 (cento e quarenta e um milhões, setecentos e sete mil, quinhentos e oitenta e nove reais e noventa e três centavos) pela aquisição de participação na DT e R\$ 312.270.810,31 (trezentos e doze milhões, duzentos e setenta mil, oitocentos e dez reais e trinta e um centavos) pela aquisição de participação na SH, conforme consta na DIPJ 2006¹² e no Livro Diário 2005¹³ da MISBE.

A Bemis, é uma empresa fundada nos Estados Unidos, em 1858, produtora de sacos de algodão para grãos e produtos moídos, e desde então vem expandindo e desenvolvendo sua produção e participação no mercado internacional. Assim, em 2004, decidiu adentrar no mercado brasileiro, mediante a aquisição do controle acionário da Dixie Toga S/A, o que ocorreu através da Holding Misbe, em janeiro de 2005, holding esta que foi responsável pela comunicação ao mercado da aquisição do controle da Recorrente, submetida às normas da CVM, bem como em relação às normas relativas aos acionistas minoritários.

Em razão inclusive da grande quantidade de acionistas minoritários, a existência da holding se justificou, já que foi ela que adquiriu as referidas ações. Ademais, em razão das taxas cobradas pelos bancos comerciais para a realização das operações de câmbio, conseguiu reduzir o custo das operações. bem como pelo pagamento em 3/4/2006 do ajuste do preço de aquisição às pessoas físicas, no valor de R\$9.122.400,00, fls. 2.698/2.699.

Dessa forma, mostrou-se que a Misbe teve função ao ser constituída, assim como serviu de porta-voz com a CVM, sendo responsável por todos os atos. Isso tudo por 3 anos.

Isso tudo demonstra que a existência da Misbe não teve o objetivo único, conforme mencionado pela Fiscalização e DRJ, de fraudar o Fisco, com o intuito único de economia tributária.

Portanto, aqui, importante ressaltar e pontuar que a fiscalização entende como válida a originação do ágio, bem como seu valor. Isso não é de nenhuma forma aqui atacado.

O ponto crucial está criação da empresa Misbe, como empresa-veículo e na sequência de operações societárias, incorporação reversa que levaram o ágio inicial para a ora recorrente, que nos termos da lei passou a deter o direito de amortizá-lo.

Nos termos do art. 7º e 8º da Lei 9.532/97, e art. 386, II do RIR/99, a amortização do ágio é um benefício fiscal, expressamente previsto na legislação, que de início possuía foco nas privatizações, porém aplicável a qualquer pessoa jurídica que preencha as condições determinadas pela norma.

Nesse termos, os requisitos necessários para fruição de tal benefício são os seguintes:

- a) efetivo pagamento do valor da compra;
- b) operação realizada entre partes independentes e não relacionadas;

c) baseado em documento que comprove a rentabilidade futura, no qual se baseou o ágio.

Lembre-se que tais requisitos não estão previstos em lei, mas baseados em jurisprudência, e assim, demais elementos podem ou não comprovar a existência ou não do benefício legal.

E conforme já dito, esses requisitos foram totalmente preenchidos e nem são aqui discutidos.

Assim, passemos à análise daquilo que é crucial:

Da Transferência do Investimento - Uso de Empresa Veículo

O que a ora Recorrente adquiriu, de fato, foi um investimento com ágio e não a simples transferência de ágio. E tal fato, nos termos da lei, art. 7º e 8º da Lei 9.532/97, passa a ter a dedutibilidade das amortizações.

Ora, se os investimentos foram transferidos para a Recorrente, assim como os ágios respectivos, verifica-se a confusão patrimonial dos patrimônios das investidas pela investidora, passando o ágio a ser dedutível para fins fiscais.

Importante trazer aqui o contexto que os fatos aqui tratados ocorreram, conforme trazido pelo Recorrente, quais sejam, aquisição pela Bemis do grupo Dixie Toga no Brasil, o processo pelo qual ocorreram as aquisições de todos os seus controladores, inclusive de acionistas minoritários, e a necessidade da existência da Misbe, holding, responsável por toda a organização no Brasil e o relacionamento mantido com a CVM, e não o da simples e única pretensão de economia tributária.

Assim, tendo em vista os diversos princípios a que é dado às entidades empresarias, dentre elas o da liberdade de organização, ela pode dentro da legalidade escolher a que melhor lhe atende, considerando todas as hipóteses e possibilidades a que se adstringe, objetivando o atendimento aos seus objetivos e dos seus acionistas. Ora, a empresa é sujeita a órgão regulador e assim deve obedecer sob pena de sofrer penalidades. A lei fiscal permite a adoção, já que não impede, de empresas-veículos e transferências de ágio, da mesma maneira, objetivando a fruição de um benefício fiscal previsto em lei.

Ainda, no mesmo sentido, o entendimento do professor Marco Aurélio Grecco¹, quando menciona o direito do contribuintes de se auto-organizar, dispondo da melhor forma que lhe aprouver.

Como diversas vezes afirmado acima, o contribuinte tem o direito de se auto-organizar; e dispor a sua vida como melhor lhe aprouver; não está obrigado a optar pela forma fiscalmente mais onerosa.

Porém, o que disse acima é que esta reorganização deve ter uma causa real, uma razão de ser, um motivo que não seja predominantemente fiscal. Sublinhei o termo "predominantemente", pois este é o conceito chave. Se determinada operação ou negócio privado tiver por efeito

¹ Planejamento tributário, 3ª edição, São Paulo: Dialética, 2011, p. 204.

reduzir a carga tributária, mas se num motivo empresarial, o direito de auto-organização terá sido adequadamente utilizado. Não haverá abuso! O Fisco nada poderá objetar!

(...)

Com a tese do abuso de direito aplicado ao planejamento fiscal, se o motivo predominante é fugir à tributação, o negócio jurídico será abusivo e seus efeitos fiscais poderão ser neutralizados perante o Fisco. Ou seja, sua aplicação não se volta a obrigar ao pagamento de maior imposto, mas a inibir as práticas sem causa, que impliquem menor tributação.

Por outro lado, isto não significa que o Fisco possa simplesmente invocar o abuso para desqualificar o negócio jurídico. Ao contrário, como o negócio jurídico é resultado do exercício de um direito de auto-organização que se apóia no valor liberdade, os negócios lícitos gozam de presunção de não abusividade. Assim, cabe ao Fisco o ônus da prova da finalidade predominantemente fiscal do negócio para que, aí sim, possa justificar a desqualificação. (destacamos)

Assim, entendo que plenamente válidas as operações realizadas, dentro das razões negociais e regulatórias, não havendo que se falar em dedução indevida do ágio.

Trago à colação importante decisão deste CARF, em similar situação - caso da CELPE - Ac. 1301-000.999:

A motivação que levou o legislador a editar esta norma reguladora do agir no contexto do PND foi aumentar as ofertas dos participantes do leilão das empresas desestatizadas, mediante a garantia aos investidores da dedutibilidade do ágio pago na aquisição das empresas. Porém, especialmente na privatização das concessionárias de serviços públicos, a norma não alcançaria seu objetivo se não houvesse a permissão para a utilização de incorporação invertida e de empresas veículo.

A possibilidade de dedução da amortização é condicionada à junção dos patrimônios. Como os licitantes, na quase totalidade dos casos, são grupos de empresas dos mais diversos setores da economia (grandes construtoras, seguradoras, fundos de previdência, bancos de investimentos, etc.), a junção patrimonial direta, para utilização do benefício, seria impossível.

É curial que não era objetivo do PND extinguir as empresas concessionárias de serviços públicos. Por isso, a previsão expressa da possibilidade de operação invertida (a investida absorvendo a investidora).

[...]

O problema da reorganização societária “ilícita” do ponto de vista tributário está quando a causa, isto é, a função econômico-social que o direito objetivo atribui a determinado negócio jurídico, é distorcida para criar, instituir ou estabelecer uma vantagem fiscal. Seria o caso (não presente neste processo) de

“ágio fabricado internamente”, quando a operação societária cria um ágio artificialmente, para assim obter a vantagem fiscal.

O vício está na formação do ágio e não no seu aproveitamento posterior, quando da incorporação. Entretanto, é óbvio que o vício do ágio macula o seu próprio aproveitamento.

Mas se o ágio é legítimo como no caso em tela, o seu aproveitamento deve seguir a causa típica estipulada no ordenamento para a incorporação de empresas. Se na compra e venda a causa é a permuta entre a coisa e preço, como asseverou Moreira Alves, na incorporação a causa típica é a absorção de uma ou mais sociedades por outra; esta é a função econômico-social que lhe atribui o direito objetivo, como deixa patente o art. 227 da Lei nº 6.404/76, verbis:

“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.”

A absorção do patrimônio de uma empresa por outra é a finalidade prática a que visam, necessária e objetivamente, quaisquer que sejam as empresas incorporadoras e incorporadas, constituindo, esta, por conseguinte, a sua causa típica.

E foi exatamente esta causa típica, a pessoa jurídica absorver o patrimônio de outra, estipulada pelo artigo 7º, III, da Lei nº 9.532/97, como condição para o contribuinte usufruir da regra do benefício fiscal oneroso.

Neste caso, a lei concede o benefício fiscal, e condiciona o seu aproveitamento, isto é, a vantagem fiscal estipulada em lei, à pessoa jurídica absorver o patrimônio de outra. Trata-se de indução da norma fiscal à realização de absorção de patrimônio de empresa por intermédio de incorporação, cisão ou fusão, o que não passou despercebido do Poder Legiferante, que corroborou isso ao vetar o projeto de lei que pretendia revogar a norma isencional em tela.

Assim, por tudo que foi dito acima, entendo, sem nenhuma dúvida, não ter ocorrido, quer simulação, quer abuso de direito e/ou planejamento tributário em desacordo com a lei, mas tão somente a prática de conduta abarcada e induzida pelo ordenamento jurídico, por intermédio das regras estipuladas nos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, sem qualquer prejuízo para Fazenda Pública que pudesse caracterizar economia ilícita de imposto, pois a escolha de outras soluções legais e diretas produziria idêntica consequência tributária com relação à amortização de ágio feita por intermédio da empresa veículo.

O questionamento, do uso indevido de empresas-veículo ou a impossibilidade fática de incorporação às avessas são apenas consequências de uma intenção do investidor em apenas visar o benefício fiscal de amortização do ágio, fato que, para a fiscalização, não norteia o conceito de propósito negocial ou substância econômica.

Quanto a utilização de empresas-veículo, entendo, não há qualquer vedação, vez que irrefutável a aplicação do art. 2º, § 3º da Lei n. 6.404/76, base legal para a constituição de holdings com o objetivo único de beneficiar-se de incentivos fiscais.

No que tange à incorporação reversa, esta é totalmente possível no âmbito do direito societário e, ademais, é autorizado por lei que regula especificamente a amortização fiscal do ágio, qual seja, o art. 8º, “b” da Lei nº 9.532/97:

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

(...)

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

O pressuposto para a permissão de amortização fiscal do ágio é a confusão patrimonial entre investidora e investida, que se consumou, como anteriormente demonstrado (pela redação do art. 7º da Lei nº 9532/97), e nesse contexto, se encaixa a expressa admissão da incorporação reversa ou às avessas pelo art. 8º da Lei nº 9.532/1997.

A mera transferência do ágio da investidora para a investida, por meio de veículo, ao final, quando incorporada aquele veículo, demonstra apenas uma consequência fática que tem como pressuposto uma autorização legal.

Se o legislador permite literalmente a amortização do ágio nos casos de incorporação às avessas, interpretação extensiva e lógica confere legitimidade para o instrumento imprescindível ao atingimento do objeto. Em outras palavras, o gozo do benefício fiscal pela investida só seria possível com a transferência do ágio, vez que este último fora registrado pela investidora.

Ademais, na mesma linha de raciocínio, a extinção da participação societária não se torna requisito essencial para a amortização do ágio nos casos em que ocorre a incorporação reversa.

Da mesma forma que não faria sentido a manutenção da participação societária e do investimento propriamente dito no caso de incorporação, também não teria qualquer fundamentação lógica a extinção destes no caso de incorporação reversa. Mais uma vez se está diante de caso em que a lei promove interpretação extensiva e lógica conduzindo a possibilidade/necessidade de adequação da norma ao caso concreto.

A jurisprudência do CARF aponta para a possibilidade de tal operação societária:

*ÁGIO. TRANSFERÊNCIA. EMPRESA VEÍCULO.
INCORPORAÇÃO REVERSA. VALIDADE.*

O uso de empresa veículo e de incorporação reversa, por si só, não invalidam as operações societárias que transferiram o ágio da investidora original para a empresa investida. Verificadas as condições legais, especialmente a confusão patrimonial entre investidora e investida, deve ser admitida a amortização fiscal

do ágio. (Acórdão nº 1301002.009 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária Sessão de 04/05/2016)

ÁGIO. AMORTIZAÇÃO. INCORPORAÇÃO REVERSA. DEDUTIBILIDADE.

Após a incorporação da investidora pela investida (incorporação reversa), é dedutível a amortização de ágio decorrente da anterior aquisição de participação societária em negócio firmado entre partes independentes, em condições de mercado, baseado em expectativa de rentabilidade futura da investida e efetivamente pago à alienante do investimento. A incorporação da investidora pela investida (incorporação reversa) é operação prevista em lei, bem assim seus efeitos tributários. Se, no momento do lançamento, o Fisco teve acesso ao demonstrativo que fundamentava o ágio e deixou de questioná-lo, descabe fazê-lo em momento processual posterior. (Acórdão nº 1302001.532 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária – Sessão de 21/10/2014)

Veja, se não fossem as reorganizações que se deram anteriormente, o gozo do benefício fiscal não se concretizaria.

A fiscalização deve analisar a operação como um todo, do conjunto de etapas e operações da qual surgiu a composição societária final, e não se baseando em “fotografias estanques”.

Em caso análogo ao deste aqui, o acórdão nº 1301-001.950, de 02/03/2016, do ilustre Relator Waldir Veiga Rocha:

Com a devida vênia, devo divergir. Em outras oportunidades, tenho me manifestado no sentido da ausência de vedação ao procedimento descrito acima (segunda operação), em que uma empresa no exterior, em vez de adquirir diretamente a participação societária em empresa nacional, constitui inicialmente uma outra empresa no Brasil, aporta recursos a esta última e, com esses recursos, adquire a desejada participação societária. Com idênticos fundamentos entendo admissível também a primeira operação, em que a integralização do aumento de capital se faz com a participação societária previamente adquirida com ágio. Em qualquer caso, não se questiona que, a princípio, o “real investidor” é a empresa situada no estrangeiro, desde que foi ela quem arcou com os recursos financeiros para a aquisição da participação societária no país. No entanto, considero legítima sua opção de valer-se de outra empresa para tanto, ainda que essa outra empresa venha a ter duração efêmera. Nessa situação, aquele antes denominado “real investidor” deve passar a ser identificado como “investidor inicial”, posto que o investimento terá sido legitimamente transferido para um novo investidor. E é aí que ocorre a confusão patrimonial entre investidor e investida, exigida pela lei para a amortização fiscal do ágio.

A forma utilizada, conforme já mencionado, tem base na legislação, tornando-se a amortização fiscal do ágio definitivamente passível de ser utilizada e assim ser benefício fiscal nos termos legais, os requisitos formais foram atendidos, assim como os materiais.

Da qualificação da Multa

Afastada a possibilidade de glosar o ágio aproveitado pela constatação de emprego de empresa-veículo, cabe analisar os elementos pelos quais a Fiscalização entendeu que a Recorrente empregou o artifício da simulação, sob o pretexto de atendimento às normas do art. 386 do RIR, que a Bemis tinha a intenção clara e inequívoca de adquirir o controle da Dixie e para tanto, engendrou uma artimanha jurídica de interpor uma sociedade - Misbe para realizar os pagamentos aos detentores de 68,65% das participações da Dixie. E que a internalização deste ágio teve como objetivo único a sua futura amortização tributária, visando a redução do pagamento de tributos federais ao Fisco. Tudo isso, agindo de forma dolosa, tentando iludir o Fisco, já que ao formalizar seus registros contábeis e societários de forma a dar uma aparência de correção ao montante do ágio amortizado tributariamente, induzindo a Fiscalização a avaliar uma operação que, nessas circunstâncias, é inoponível à Fazenda.

Ora, por todo o já exposto anteriormente, não há que se falar em simulação ou fraude, mas tendo, todos os atos sido praticados nos termos da lei, entendo que não há que se falar em qualificação da multa.

Da aplicação da multa isolada em concomitância com a multa de ofício

Por todo o exposto acima, em razão do cancelamento do lançamento, não há que se falar em aplicação da multa isolada ou qualquer outra multa.

Da exigência de Juros sobre multa de ofício

Da mesma forma, em razão do cancelamento do lançamento, não há que se falar em aplicação de juros sobre a multa de ofício.

CONCLUSÃO

Diante de todo o acima exposto, conheço do Recurso Voluntário, e no mérito voto por DAR-LHE PROVIMENTO.

assinado digitalmente
Amélia Wakako Morishita Yamamoto