ACÓRDÃO GERADO NO PGD-CARF PROCESSO 19311.720445/2012-76
CÓPIA

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

Processo nº	19311.720445/2012-76
Recurso nº	Voluntário
Acórdão nº	**1301-001.516 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de	07 de maio de 2014
Matéria	IRPJ e CSLL
Recorrente	CPQ BRASIL S/A.
Recorrida	FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2010, 2011

INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADE. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. ARTIGOS 7º E 8º DA LEI Nº 9.532/97. PLANEJAMENTO FISCAL INOPONÍVEL AO FISCO. INOCORRÊNCIA.

Analisando todas as etapas do negócio jurídico levado a efeito, até os resultados concretos que redundaram no aproveitamento do ágio não há como enquadrar esta operação como sendo um planejamento tributário abusivo, conforme entendeu a r. decisão recorrida, mesmo porque, para restar compreendida como abusiva, uma conduta deve refletir um conflito entre forma e substância, e a prova de tal conflito deve ser feita com base em elementos objetivos, sem uma justificativa razoável para tal operação, a qual não seja mera vantagem fiscal, o que, diga-se de passagem, em nenhum momento ficou comprovado nos autos.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL

Ano-calendário: 2010, 2011

INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADE. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO.

No tocante à CSLL, anoto que repousando o lançamento nos mesmos fatos e mesmo fundamento jurídico do lançamento do IRPJ, as decisões quanto a ambos devem ser a mesma.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária da Primeira Seção de Julgamento, por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso, o Conselheiro Wilson Fernandes Guimarães votou pelas conclusões.

(assinado digitalmente)

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 20/09/2014 por EDWAL CASONI DE PAULA FERNANDES JUNIOR, Assinado digitalmente em 20/09/2014 por EDWAL CASONI DE PAULA FERNANDES JUNIOR, Assinado digitalmente em 21/10/2014 por VALMAR FONSECA DE MENEZES
Impresso em 07/11/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Valmar Fonseca de Menezes

Presidente

(assinado digitalmente)

Edwal Casoni de Paula Fernandes Junior

Relator

Participaram do julgamento os Conselheiros: Valmar Fonseca de Menezes, Wilson Fernandes Guimarães, Paulo Jakson da Silva Lucas, Valmir Sandri, Edwal Casoni de Paula Fernandes Junior e Carlos Augusto de Andrade Jenier.

CÓPIA

Relatório

Cuida-se de Recurso Voluntário interposto pela contribuinte acima identificada, contra decisão proferida pela 1ª Turma da DRJ em Campinas-SP.

Depreende-se do presente processo administrativo que em desfavor da ora recorrente foram lavrados autos de infração, relativos ao IRPJ e à CSLL, acrescidos de juros de mora, multa de ofício de 150%, bem como de multa isolada por falta de recolhimento de IRPJ e CSLL sobre as bases de cálculo estimadas, em razão de irregularidades constatadas nos anos-calendário 2010 e 2011.

As circunstâncias que ensejaram a autuação foram contextualizadas no Relatório de Ação Fiscal, constante das folhas 1.251 a 1.267, no qual se reportou ao MPF que deu margem à fiscalização e identificou-se o objeto social da empresa autuada, como sendo, entre outros, a indústria e o comércio de pães e outros produtos alimentícios, expondo ser nacionalmente conhecida pela fabricação e comercialização de pães de queijo em vários estabelecimentos com a marca "Casa do Pão de Queijo", esclarecendo a Fiscalização que nos dois anos-calendário sob ação fiscal, a CPQ não declarou em DCTF e nem teve recolhimento de qualquer importância a título de IRPJ e CSLL, sendo que em ambos os anos-calendário, optou pelo Regime Tributário de Transição (RTT), instituído pela Lei nº. 11.941, de 2009, o que acarreta, para fins tributários, a utilização dos métodos e critérios vigentes em 31/12/2007.

Relata a Fiscalização que por meio do Termo de Início de Procedimento Fiscal foram solicitados documentos comprobatórios de operações de incorporação realizadas no ano de 2009, esclarecimentos a respeito da apuração de Cofins, e de operação em 2010 de emissão de debêntures, anotando-se que a Escrituração Contábil Digital (ECD – Sped Contábil) relativa aos anos-calendário de 2010 e 2011 foi importada no curso desta fiscalização diretamente da base nacional Sped (Sistema Público de Escrituração Digital).

Passa, então, a Fiscalização a analisar as Operações de Incorporação em 2009, registrando-se que em dezembro de 2009, a CPQ incorporou duas sociedades na mesma data. Em decorrência das incorporações, o ágio de R$ 52.989.186,29 foi transferido para o ativo da CPQ, e a sua amortização passou a ser deduzida do lucro tributável pelo IRPJ e CSLL,

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 20/09/2014 por EDWAL CASONI DE PAULA FERNANDES JUNIOR, Assinado digitalmente em 20/09/2014 por EDWAL CASONI DE PAULA FERNANDES JUNIOR, Assinado digitalmente em 21/10/2014 por VALMAR FONSECA DE MENEZES
Impresso em 07/11/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

sendo que a partir do ano de 2010 a CPQ vem excluindo da base de cálculo do IRPJ e da CSLL, mensalmente, em 60 parcelas, o valor de R$ 883.153,10 (R$ 10.597.837,20 anuais) a título de amortização de ágio.

Estas exclusões encontram-se escrituradas em seus livros fiscais digitais no ambiente Sped (Sistema Público de Escrituração Digital), sob a rubrica 330401002 Amortização Ágio/Deságio, conforme Demonstração de Apuração – SPED – FCONT.

Apontou a Fiscalização que as operações de incorporação das duas companhias seguiram todo um roteiro de procedimentos orquestrados "com o fim de se criar um ágio artificial a ser aproveitado pela CPQ" e que as sociedades envolvidas no processo de reorganização societária foram a CPQ, a GUARUDA S/A (CNPJ 02.134.838/0001-01), sociedade de ações de capital aberto, e a ARTHEMIA PARTICIPAÇÕES S/A (CNPJ 11.178.056/0001-57), sociedade de ações de capital fechado.

Mencionou a Fiscalização que no momento imediatamente anterior ao início da reorganização societária, o capital da CPQ, no valor de R$ 17.095.065,32, encontrava-se nas mãos de GUARUDA S/A (70% das ações), e da MCN PARTICIPAÇÕES E EMPREENDIMENTOS S/A (CNPJ 04.795.012/0001-00, 30% das ações) e que a totalidade do capital da GARUDA, no valor de R$ 16.992.844,00, era de titularidade da ARTHEMIA, sendo que a GARUDA detinha a maioria do capital da CPQ (70%), sendo então considerada controladora da CPQ e quanto à ARTHEMIA, a totalidade de seu capital de R$ 6.707.886,00 pertencia a MCN PARTICIPAÇÕES E EMPREENDIMENTOS S/A.

De acordo com a Fiscalização, do protocolo e Justificação de Incorporação da GARUDA S/A e da ARTHEMIA PARTICIPAÇÕES S/A pela CPQ BRASIL S/A, datado de 31/12/2009, em seu item 4, extrai-se que "a incorporação da GARUDA pela CPQ, como proposta neste instrumento, é da maior conveniência para os interesses sociais da GARUDA, da ARTHEMIA e da CPQ, uma vez que a unificação das atividades de administração destas três sociedades irá simplificar a estrutura organizacional do grupo e reduzir custos administrativos, comerciais e financeiros, bem como colaborar para a racionalização e otimização dos trabalhos, operações e das estruturas das sociedades, frisando-se que neste instrumento, constou que a ARTHEMIA foi constituída com o propósito de permitir que o Banco Standard de Investimentos S/A e a MCN Participações e Empreendimentos S/A unissem esforços para adquirir a totalidade das ações da GARUDA em leilão aberto realizado no mercado de balcão organizado da BMF & Bovespa S/A – Bolsa de Mercadorias e Futuros.

Apontou a Fiscalização, que em 2 de dezembro de 2009, a ARTHEMIA arrematou a totalidade das ações representativas do capital social da GARUDA no leilão mencionado acima. Parte dos recursos utilizados na aquisição das ações da GARUDA foram obtidos por meio de financiamento, sendo que uma das condições feitas pela instituição financeira para liberação do financiamento era a incorporação da GARUDA e da ARTHEMIA pela CPQ em curto prazo.

Para as operações de incorporação, foram elaborados dois Laudos de Avaliação pela APSIS Consultoria Empresarial Ltda., em 14/12/2009, para avaliação do patrimônio líquido da GARUDA e da ARTHEMIA e de acordo com o que consignou a Fiscalização, no Laudo de Avaliação da ARTHEMIA, está consignado o ágio no valor de R$ 52.989.186,29 referente a investimentos em GARUDA, fundamentado por laudo elaborado pela empresa TERCO GRANT THRONTON.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 20/09/2014 por EDWAL CASONI DE PAULA FERNANDES JUNIOR, Assinado digitalmente em 20/09/2014 por EDWAL CASONI DE PAULA FERNANDES JUNIOR, Assinado digitalmente em 21/10/2014 por VALMAR FONSECA DE MENEZES
Impresso em 07/11/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Apontou-se que intimada a esclarecer o tratamento que foi dado a este ágio, a contribuinte aduziu que *"... o ágio em questão foi originalmente registrado pela Arthemia Participações S/A quando da aquisição por esta da empresa GARUDA S/A em leilão aberto realizado no mercado de balcão organizado da BMF&Bovespa. Esse ágio foi justificado na expectativa de rentabilidade futura da GARUDA nos termos do artigo 385, parágrafo 2., inciso II, do regulamento de Imposto de Renda RIR/99, tal como atesta o anexo laudo de avaliação elaborado pela empresa Terco Grant Thronton. Em 31 de dezembro de 2009, primeiramente a GARUDA, e ato contínuo, a ARTHEMIA, foram incorporadas pela CPQ Brasil S/A, conforme se verifica da Ata de Assembleia Geral Extraordinária da CPQ registrada na Junta Comercial do Estado de São Paulo em 15 de janeiro de 2010 sob o nr. 0.017.993/106, acompanhada do Protocolo e Justificação da Incorporação e Laudos de Avaliação das empresas incorporadas, GARUDA E CPQ. Desde janeiro de 2010, o ágio em questão vem sendo amortizado para fins tributários a uma taxa linear de 1/60 por mês, conforme autoriza o inciso II do artigo 386 do RIR"*.

Seguiu a Fiscalização pontuando que consideradas as incorporações, a CPQ passou a amortizar o ágio que estava registrado na ARTHEMIA, relativo ao investimento que esta detinha indiretamente na própria CPQ, por meio do investimento da GARUDA na CPQ. Sintetizando, a controladora que detinha indiretamente investimento com ágio na controlada é incorporada pela própria controlada, e o ágio absorvido passa a influenciar a apuração do IRPJ e da CSLL, da maneira a reduzir os montantes devidos destes tributos.

Discorreu-se acerca do fato de que a ARTHEMIA foi constituída sob a forma de sociedade anônima de capital fechado em 03/09/2009 com o nome de S.R.X.S.P.E. EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES S/A, com capital de R$ 500,00, estando as ações em nome de SUELI DE FÁTIMA FERRERI (analista) e CLEBER FARIA FERNANDES (técnico em contabilidade), ambos com endereço na Rua Pamplona, 818, 9 andar, cj 92, sendo que em 12/11/2009, as 500 ações de SUELI DE FÁTIMA FERRERI e CLEBER FARIA FERNANDES são transferidas para a MCN PARTICIPAÇÕES E EMPREENDIMENTOS S/A, pelo que se concluiu que a sociedade foi constituída anteriormente como uma empresa de prateleira, com capital irrisório, nome simbólico, e sem qualquer fato contábil condizente com seu objeto social. Dois meses depois, passa para as mãos dos reais interessados, a fim de se tornar "empresa veículo" no processo de reorganização societária. Empresa veículo é aquela cuja característica é sua breve existência, e constituída com o intuito único de transportar o ágio para torna-lo dedutível para fins fiscais.

Mencionou-se ainda, que em 13/11/2009, conforme Ata de Assembleia Geral Extraordinária, é alterada sua denominação para ARTHEMIA PARTICIPAÇÕES S/A, sendo aceita a renúncia dos administradores, e eleitos ALBERTO CARNEIRO NETO como Diretor Presidente, e FERNANDO BORELLI EDITORE como Diretor sem designação específica. Nesta data é aprovado o aumento do capital social para R$ 6.707.886,00, com subscrição das ações por MCN PARTICIPAÇÕES E EMPREENDIMENTOS S/A. Todas as ações são ordinárias, nominativas, e sem valor nominal. Foram integralizadas com 1.727.402 ações ordinárias de emissão da CPQ BRASIL S/A e em 02/12/2009, MCN PARTICIPAÇÕES E EMPREENDIMENTOS S/A transfere 2 ações para MARCELO DI LORENZO, 1 ação para EDWARD HANMER, 1 ação para ALBERTO CARNEIRO NETO e 1 ação para GIOVANA ADRIANO DE BRITO CARNEIRO, sendo que a MCN PARTICIPAÇÕES E EMPREENDIMENTOS S/A é representada por ALBERTO CARNEIRO NETO.

Em continuidade, noticiou a Fiscalização que em 02/12/2009 foi criado Conselho de administração, com os membros MARCELO DI LORENZO, EDWARD HANMER, ALBERTO CARNEIRO NETO e GIOVANA ADRIANO DE BRITO CARNEIRO e que em 02/12/2009 foi feito adiantamento para futuro aumento de capital por

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 20/09/2014 por EDWAL CASONI DE PAULA FERNANDES JUNIOR, Assinado digitalmente em 20/09/2014 por EDWAL CASONI DE PAULA FERNANDES JUNIOR, Assinado digitalmente em 21/10/2014 por VALMAR FONSECA DE MENEZES
Impresso em 07/11/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

STANDAD BANK no valor de R$ 30.000.000,00 e em 03/12/2009, ARTHEMIA obtém empréstimo de R$ 40.000.000,00 junto a CETIP S/A, ou seja, em dois dias levantou setenta milhões de reais para aquisição das ações da GARUDA, sendo que em 07/12/2009, adquire ações da GARUDA S/A, em leilão da Bolsa de Valores pelo valor de R$ 69.017.032,08.

De acordo com a Fiscalização, as receitas da ARTHEMIA eram exclusivamente do resultado de Equivalência Patrimonial sobre investimentos em CPQ e GARUDA, no valor de R$ 1.470.324,34 e em 31/12/2009, foi aprovada a sua incorporação pela CPQ, sendo a partir de então extinta, pontuando-se, nessa toada, que com exceção dos lançamentos relativos à incorporação e às receitas da equivalência patrimonial, sua contabilidade não revela nenhum outro fato contábil, registrando que os recursos que ampararam toda a reorganização societária jamais implicaram em desembolso ou investimento por parte da empresa, limitando-se a uma reavaliação de seu patrimônio, calcada em laudos baseados numa expectativa de resultados futuros, com o fim de se criarem despesas com a amortização do ágio artificial.

Passou a Fiscalização, então, a discorrer acerca do denominado ágio interno e o papel das ditas "empresas veículo" e citando, no tocante ao reconhecimento do ágio artificial em operações de reorganização societária, o Ofício Circular CVM/SNC/SEP n. 01/2007, que imporia sua inadmissibilidade.

Na sequência, em função da glosa da Amortização do ágio da Arthemia, a Fiscalização reapurou as estimativas mensais de IRPJ e CSLL, constatando que houve recolhimento a menor destes tributos na maioria dos meses de 2010 e 2011, o que enseja a cobrança da multa exigida isoladamente, nos termos do art. 44, inciso II, alínea b, da Lei nº. 9.430, de 1996, com a redação dada pela Lei nº. 11.488, de 2007, e apresenta os demonstrativos de apuração das estimativas mensais e do cálculo da multa isolada.

Justificou a Fiscalização o agravamento da multa diante da conduta dos administradores, ao engendrar planejamento tributário com a reorganização societária calcada em uma empresa veículo, conforme demonstrado no presente termo, com o propósito de aferir vantagem sob o aspecto fiscal, o que em tese, caracteriza o intuito de sonegação, definida no art. 71 da lei n. 5.502, de 1964, e de simulação, nos termos do art. 167 do Código Civil (Lei nr. 10.406, de 2002), ensejando a aplicação da multa de 150%, prevista no art. 44, § 1, da lei nr. 9.430, de 1996, com a redação dada pela Lei nr. 11.488 de 2007.

Devidamente cientificada, a contribuinte apresentou Impugnação (fls. 1272/1364), acompanhada dos documentos de folhas 1365 a 1687, alegando em preliminar a nulidade dos Autos de Infração por erro no enquadramento legal (itens 3 a 11), porquanto foram citados diversos artigos que estabelecem regras gerais do IRPJ e CSLL, sem que fossem mencionados os arts. 385 ou 386 do RIR/99 e arts. 7º e 8º da Lei 9.532, de 1997.

Defendeu que a incorreta capitulação legal da autuação leva ao necessário cancelamento do lançamento, posto que afronta os artigos 10 do Decreto 70.235/72 e 50,§ 1 da Lei 9.784/99 e também como motivo de nulidade arguiu a ocorrência de erro na descrição dos fatos (itens 12 a 21), alegando equívoco da Fiscalização que teria descrito os fatos de maneira errônea e confusa (itens 22 a 31).

Ao abordar os fatos, teceu histórico da empresa autuada (itens 32 a 45), expondo que a empresa tem origem familiar, idealizada pelo Sr. Mario Carneiro em função da receita de pão de queijo de sua mãe, D. Arthemia, sendo que o sucesso do empreendimento

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 20/09/2014 por EDWAL CASONI DE PAULA FERNANDES JUNIOR, Assinado digitalmente em 20/09/2014 por EDWAL CASONI DE PAULA FERNANDES JUNIOR, Assinado digitalmente em 21/10/2014 por VALMAR FONSECA DE MENEZES
Impresso em 07/11/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

levou a transformação de sua principal atividade para o licenciamento de franquia com a marca "Casa do Pão de Queijo" e a comercialização de alimentos aos seus franqueados, aduzindo que houve interesse de terceiros investidores, de modo que, em 1999, a gestora de Fundos de Private Equity denominada Pátria Investimentos S A adquiriu o controle societário da Requerente, passando o núcleo familiar a deter a minoria do capital da requerente e que até novembro de 2009, o capital social da requerente era detido por duas pessoas jurídicas distintas, pertencentes a dois grupos completamente distintos, já que 70% das suas ações eram detidas pela Garuda e 30% eram detidos pela MCN.

Aduziu que a Garuda, até então controladora da recorrente, foi constituída em 15/09/1997 (doc nº 4) e sempre foi utilizada como sociedade holding centralizadora de investimento de diversos investidores, inclusive estrangeiros, e que a MCN era sociedade holding detida diretamente por dois acionistas pessoas físicas, o Sr. Alberto Carneiro Neto (Sr. Alberto) e o Sr. Marco Aurélio Aliberti Mammana (Sr. Marco) (doc nº 5).

Seguiu arrazoando que os acionistas da Garuda não possuíam qualquer relação com o Sr. Alberto e o Sr. Marco, de modo que seria impossível considerar a MCN e a Garuda como partes relacionadas, integrantes de um mesmo grupo econômico e que a Garuda representava o núcleo dos Fundos de Private Equity que investiram nela recorrente após a consolidação da marca "Casa do Pão de Queijo", enquanto que a MCN representava o núcleo familiar relacionado ao Sr. Mario Carneiro.

Também ao descrever os fatos reporta-se à parceria entre o acionista e o Banco Standard (itens 46 a 68), argumentando que em novembro de 2009 conciliaram-se interesses de (i) terceiro investidor (Banco Standard) em adquirir investimento relevante na Requerente, (ii) investidores controladores em liquidar o investimento e (iii) acionista minoritário (MCN, representante do núcleo familiar) em voltar a deter o controle acionário da Requerente, ensejando parceria do Banco Standard com a MCN, de modo que, ao final, cada parte passasse a deter metade do capital da Requerente e no âmbito da parceria, o acionista minoritário entraria com os 30% que detinha no capital da Requerente, enquanto que o Banco Standad desembolsaria parte dos recursos financeiros necessários à aquisição das ações da Garuda. Outra parte do investimento, e seria feito com base em empréstimo tomado pela parceria, sendo neste contexto, que surgiu a Arthemia, constituída em 03/9/2009, com a denominação de S.R.X.S.P.E...., tendo como sócios a Sra. Sueli de Fátima Ferreti e o Sr. Cleber Faria Fernandes, e como objeto social a participação em outras sociedades, como sócia ou acionista, no País ou no exterior (doc 6).

Mencionou a recorrente que em 13/09/2009 ocorrem: (i) transferência das ações da S.R.X.S.P.E para a MCN, (ii) mudança da denominação social da S.R.X.S.P.E para Arthemia, e (iii) aumento de capital da Arthemia pela MCN com a totalidade de sua participação societária detida na Requerente (CPQ), que consistia em 1.727.402 ações ordinárias, nominativas, sem valor nominal, representativas de 30% do capital social total e votante da Requerente (doc nº 7).

Seguiu aduzindo que conforme "Contrato de Investimento" (doc nº 8), pelo qual o Banco Standard se comprometeu a efetuar investimento na Arthemia (sociedade holding utilizada para a parceria entre as partes), investimento este feito por Contrato de Adiantamento para Futuro Aumento de Capital ("Contrato de AFAC"), também celebrado em 25/11/2009 e pelo qual o Banco Standard se comprometeu, de forma irrevogável e irretratável, a converter o investimento na Arthemia (via o Contrato de AFAC) em capital da própria Arthemia, no prazo de: (i) até 6 (seis) meses contados da data em que o Banco Standard obtivesse aprovação do Banco Central da África do Sul ou (ii) até 4 (quatro) anos contados da data de fechamento do Contrato de Investimento, o que ocorresse primeiro e no momento em que a conversão do

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 20/09/2014 por EDWAL CASONI DE PAULA FERNANDES JUNIOR, Assinado digitalmente em 20/09/2014 por EDWAL CASONI DE PAULA FERNANDES JUNIOR, Assinado digitalmente em 21/10/2014 por VALMAR FONSECA DE MENEZES
Impresso em 07/11/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

investimento em capital ocorresse, a cláusula 3.2 estabelecia que a Arthemia deveria emitir, em favor do Banco Standard, ações ordinárias, nominativas, sem valor nominal, em montante que, somadas às 2 (duas) ações que passariam a ser detidas pelo Sr. Marcelo Di Lorenzo ("Sr. Lorenzo") representassem 50% do seu capital social, sendo que o Contrato de Investimento deixa claro que o investimento efetuado na Arthemia, sempre teve como propósito claro e declarado a futura aquisição, pela Arthemia, das ações da Garuda e que parte dos recursos necessários à aquisição das ações da Garuda dependiam de um empréstimo financeiro que seria tomado pela Arthemia, frisando que em 25/11/2009 foi celebrado Contrato de AFAC (doc 09) entre o Banco Standard e a Arthemia, pelo qual o investimento do Banco Standard na sociedade de parceria com a MCN (a Arthemia) atingiu o valor de R$ 30.000.000,00 e, também em 25/1/2009, foi firmado o "Acordo de Acionistas da Arthemia Participações S A" ("Acordo de Acionistas") (doc. nº10), cuja eficácia estava sujeita à vigência e eficácia do Contrato de Investimento, mediante o fechamento da operação, desde que a oferta da Arthemia no Leilão de venda das ações da Garuda fosse declarada a oferta vencedora, quando em 31/12/2009, com o objetivo de adquirir as ações da Garuda, a Arthemia tomou empréstimo no valor de R$ 40.000.000,00, dívida tomada a partir da emissão, pela Arthemia, de Nota Promissória Comercial (doc nº 11), a qual foi objeto de distribuição pública, com esforços restritos de colocação, nos termos da Instrução da CVM nº 476, de 2009, dispensada de registro na CVM, ficou depositada no Banco Itaú com destinação exclusiva para o financiamento da aquisição da totalidade das ações da Garuda pela Arthemia, e teve como garantia a alienação fiduciária de 100% das ações representativas do capital da própria Arthemia, ações essas detidas, à época, exclusivamente pela MCN, sendo que ao final do investimento feito pelo Banco Standard e da dívida tomada, a Arthemia levantou o montante de R$ 70.000.000,00 para efetuar a aquisição das ações da Garuda em leilão e, dessa forma, a Arthemia foi extremamente importante no contexto da aquisição das ações da Garuda, não só pelo fato de que foi a sociedade necessária para estabelecer a parceria entre a MCN e o Banco Standard, mas também porque foi a sociedade que tomou a dívida (no valor de R$ 40.000.000,00) necessária para a propria aquisição das ações da Garuda no Leilão.

Assinalou a recorrente que os valores do empréstimo de R$ 40.000.000,00 só foram tomados porque a Arthemia possuía um ativo relevante (i. e. 30% da Casa do Pão de Queijo) que garantia o empréstimo tomado. Havia ainda a obrigação de a sociedade tomadora da dívida ser incorporada pela Requerente, com o objetivo de concentrar a dívida e a receita operacional (fluxo de caixa) em uma única sociedade, de modo a reduzir o risco financeiro da instituição financeira que era a titular das notas promissórias, abordando (itens 69 a 82) a aquisição das ações da Garuda pela Arthemia decorrente da parceria estabelecida entre a MCN e o Standard Bank, buscando comprovar a ocorrência de efetivo desembolso fazendo menção a edital de leilão de venda das ações da Garuda (doc 12); valor da aquisição mediante pagamento à vista de R$ 68.931.554,44, sendo R$ 2,38 por cada ação ordinária e preferencial da Garuda – sociedade que passou a ser detida integralmente pela Arthemia, ocorrendo a retirada dos acionistas patrimônio FIA, PP Participações, BFF LLP, OPCO Brazil e JP Morgan, conforme relatório da instituição financeira que era depositária das ações da Garuda (doc. nº 13); Extrato de Conta Corrente e Investimento da Arthemia, objetivando comprovar o efetivo desembolso incorrido por essa sociedade para adquirir as ações da Garuda no referido Leilão em 7.12.2009 (doc nº 14) no valor de R$ 69.017.032,08 , valor que representou o efetivo custo de aquisição e o efetivo desembolso da Arthemia para adquirir participação societária que, até aquele momento, era detida por terceiros não relacionados a ela ou seus acionistas publicações divulgando a alienação ocorrida (doc 15 e 16); cessão, em 2/12/2009, pela MCN ao Sr. Lourenzo de duas ações ordinárias representantes do capital da Arthemia (doc. nº 17).

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 20/09/2014 por EDWAL CASONI DE PAULA FERNANDES JUNIOR, Assinado digitalmente em 20/09/2014 por EDWAL CASONI DE PAULA FERNANDES JUNIOR, Assinado digitalmente em 21/10/2014 por VALMAR FONSECA DE MENEZES
Impresso em 07/11/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Frisou-se ainda, a obrigatoriedade legal da Arthemia de, em função da aquisição das ações da Garuda e nos termos do art. 385 do RIR/99, avaliar seu investimento da Garuda segundo o método da equivalência patrimonial, isto é desdobrando seu valor total em (i) valor do patrimônio líquido da Requerente; e (ii) ágio ou deságio, seguindo a legislação fiscal e societária em vigor, a Arthemia apurou ágio de R$ 52.989.186,29, resultante de operação de compra e venda entre empresas Brasileiras (Arthemia como adquirente e Garuda como adquirida), praticada entre partes independentes, e apurado em razão de o valor de mercado estimado para a Garuda, com base em suas projeções de fluxo de caixa descontado, resultarem em valores significativamente superiores ao seu patrimônio líquido à época, nada havendo de artificial ou simulado.

Aludiu-se que Laudo de Avaliação apresentado como doc 18 confirma expressamente o fundamento econômico do ágio pago pela Arthemia em relação a Garuda, com base em estimativas de rentabilidade futura segundo o método do fluxo de caixa descontado aspectos não questionados pela Fiscalização, abordando (itens 83 a 115) que a efetivação da parceria com a transferência da dívida assumida pelos investidores por meio da incorporação da Garuda e da Arthemia na Requerente (docs. 19 e 20), reportando-se ao Protocolo de Justificação de Incorporação da Garuda e da Arthemia pela CPQ, o qual alega deixar claro os propósitos da referida reorganização societária e a importância da Arthema na operação.

Menciona, também, como consequência da incorporação a transferência do ágio de R$ 52.989.186,29 e da dívida tomada pela Arthemia para aquisição de ações da Garuda, de R$ 40.000.000,00 a extinção das ações representativas do capital da Garuda e da Arthemia e sua substituição por ações da Requerente (CPQ), das quais 5.758.004 foram recebidas pela MCN e 2 ações foram recebidas pelo Sr. Lorenzo, apontando graficamente a nova estrutura, ressaltando que a existência da Arthemia, além de possibilitar a parceria entre os investidores, permitiu que a parceria de endividamento tomado pela nova parceria pudesse ser transferida para a Requerente, sociedade operacional, bem como viabilizou a melhor prática contábil e financeira.

Concluiu assim, que no momento da incorporação das sociedades ao patrimônio da Requerente, para fins fiscais, o ágio registrado pela Arthemia foi convertido em ativo diferido na requerente, amortizável para fins fiscais nos exatos termos do art. 386, inciso III, do RIR/99, tendo em vista que esse ágio tinha como justificativa econômica a expectativa de rentabilidade futura da sociedade adquirida e que em 15/1/2010, os acionistas da Requerente aprovaram a emissão de 40 debêntures simples (doc. 21 e 22), no valor total de R$ 40.000.000,00, objetivando captação de recursos para pagamento da Nota Promissória Comercial emitida pela Arthemia para aquisição da Garuda, conforme recibo de subscrição (doc. 23) e movimentação de conta corrente (doc. 24), sendo atingida uma das razões da existência da Arthemia: amortização da dívida pelas atividades operacionais da Requerente e, como último passo da parceria entre a MCN e o Banco Standard, o AFAC efetuado por este último foi capitalizado na Requerente, de forma que o investidor passou a ter 50% do capital da Requerente (doc.25).

No mais, teceu outras tantas considerações e concluiu não ter havido qualquer ato doloso, fraudulento ou simulado, estando cada etapa da operação fartamente suportada em documentação hábil e idônea, devidamente registrada nos órgãos oficiais conforme a regulamentação em vigor, e incorrendo a Fiscalização em excesso na autuação.

Na sequência passou a discorrer acerca dos seus fundamentos jurídicos (itens 116 a 228) relacionando três premissas da autuação que entende equivocadas: (i) de que a Arthemia foi criada apenas para criar despesas de amortização de ágio; (ii) de que o ágio teria

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 20/09/2014 por EDWAL CASONI DE PAULA FERNANDES JUNIOR, Assinado digitalmente em 20/09/2014 por EDWAL CASONI DE PAULA FERNANDES JUNIOR, Assinado digitalmente em 21/10/2014 por VALMAR FONSECA DE MENEZES
Impresso em 07/11/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

resultado de reorganização societária dentro do mesmo grupo e (iii) para adquirir o investimento na Garuda a Arthemia não teria desembolsado qualquer valor.

Reportou-se ao tratamento fiscal dos valores apurados a título de ágio (itens 124 a 134), em que menciona os arts. 248 da Lei 6.404/1976; 385 do RIR/99 e 386 , III, também do RIR/99, que aponta como fundamento que para que, com a incorporação da Garuda na Requerente, e com a incorporação da Arthemia na Requerente, o ágio antes registrado pela Arthemia foi convertido para fins fiscais em ativo diferido na Requerente, de forma que esses valores se tornaram amortizáveis à razão máxima de 1/60 avos por mês. Sob o título o racional legislativo da amortização fiscal de ágio reconhecido entre partes privadas (itens 135 a 144) tece considerações sobre os motivos da edição dos artigos 7 e 8 da Lei 9.532/97, base legal dos artigos 385 e 386 do RIR/99, que identifica como incentivo a operações de fusões e aquisições de empresa, também entre partes privadas, na busca pelo fortalecimento da economia nacional por meio de investimentos em outras empresas e reorganizações societárias, e reporta-se a votos proferidos no julgamento pelo CARF dos casos Telemar (Acórdão 1301000.711) e Santander (Acórdão 140200802), para concluir que a aquisição da Garuda pela Arthemia atende à finalidade prevista na Lei 9.532, de 1997, para fins de amortização fiscal do ágio.

Sustentou ainda, o Propósito Negocial da utilização da Arthemia (itens 145 a 166), discorrendo acerca das razões empresarias de sua criação, identificadas como sendo, além da economia tributária da amortização fiscal do ágio, ter sido a Arthemia (i) a sociedade que convergiu os esforços do Banco Standard e da MCN e (ii) a sociedade que tornou possível o pagamento do preço pelas ações da Garuda, já que tornou possível a obtenção da dívida necessária para a aquisição e a amortização da dívida através dos negócios da Requerente. Salienta também neste tópico, que: a economia tributária foi mera consequência da transação e não decorre da utilização da Arthemia, mas sim da própria legislação fiscal em vigor; a Fiscalização não poderia desconstituir uma operação realizada em conformidade com a legislação em vigor, unicamente por conta das suas motivações econômicas.

Invoca o § único do art. 116 do CTN incluído pela LC 104, de 2001, para alegar que a possibilidade de as autoridades fiscais desconsiderarem determinadas condutas dos contribuintes dentro de determinadas circunstâncias, depende de regulamentação por lei ordinária, inexistente até o momento. Passa, então, a defender ser Infundada a alegação de "empresa veículo" (itens 167 a 204), expondo que mesmo que não houvesse qualquer razão empresarial para a utilização da Arthemia, a amortização do ágio seria legítima, porque uma sociedade holding não é constituída para ter empregados ou qualquer outros ativos além de unicamente participações societárias. Cita entendimento doutrinário e reporta-se ao art. 2º § 3º da Lei das S/A, ao art. 31 da Lei 11.7272, de 2008, e ao art. 981, § único, do Código Civil, para justificar as funções e prazo da sociedade holding.

Defendeu ainda, a legitimidade da amortização fiscal do ágio reconhecido pela Arthemia pelo simples fato de a operação de aquisição das ações da Garuda: (i) representou operação de compra e venda de ações que teve como adquirente e vendedor empresas Brasileiras, independentes e não relacionadas entre si; (ii) foi feita a valores justos de mercado, com o efetivo desembolso do preço pela adquirente (a Arthemia); (iii)envolveu o pagamento de um ágio no valor de R$ 52.989.186,29 (...), que teve como justificativa a expectativa de rentabilidade futura da Garuda, justificativa essa baseada em Laudo de Avaliação que nem sequer foi questionado pela D. Fiscalização, e (iv) teve como passo final a incorporação da Garuda e da Arthemia na Requerente, preenchendo os requisitos estabelecidos

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 20/09/2014 por EDWAL CASONI DE PAULA FERNANDES JUNIOR, Assinado digitalmente em 20/09/2014 por EDWAL CASONI DE PAULA FERNANDES JUNIOR, Assinado digitalmente em 21/10/2014 por VALMAR FONSECA DE MENEZES
Impresso em 07/11/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

pelos artigos 7º e 8º da Lei 9.532/97 (ou artigos 385 e 386 do RIR/99) para possibilitar a amortização fiscal do ágio.

Discorreu acerca do entendimento administrativo relativamente à de "empresa veículo" expondo ter o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, ao julgar casos com fatos e circunstâncias em que havia empresa veículo e na sequência buscou demonstrar a inaplicabilidade ao caso concreto da doutrina e jurisprudência citada pela D. Fiscalização (itens 205 a 216), bem com a do Ofício Circular CVM/SNC/SEP nº 1/2007 (itens 217 a 223), considerando infundada a alegação de reavaliação patrimonial da Requerente, calcada em laudos baseados numa expectativa de resultados futuros, com o fim de se criarem despesas com a amortização do ágio artificial. Reprisa argumentos de que ocorreu a avaliação e efetivo pagamento do ágio e que não houve qualquer reavaliação espontânea de sociedade, a fim de gerar o ágio aqui questionado. O que houve foi uma efetiva aquisição direta das ações da Garuda, com o desembolso de recursos financeiros pela Arthemia, com base em valores justos de mercado.

Discordou das multas aplicadas, considerando descabida a multa agravada, (itens 229 a 275) por não ter ocorrido nenhum tipo de simulação, abuso de direito ou fraude neste caso. Reporta-se à legislação e jurisprudência que entende aplicáveis à matéria, à teoria da imputação subjetiva e o artigo 112 do CTN", à possibilidade de ocorrência de erro de proibição e de dúvida relevante , e ao princípio da proporcionalidade art. 142 do CTN.

Sustentou ainda, ser inaplicável a multa isolada por suposta falta de antecipação das estimativas mensais (itens 276 a 298), por considerar abusiva a exigência de multa isolada e multa de ofício proporcional e impossível o lançamento da multa isolada por estimativa após o término do ano-calendário e opôs-se à incidência de juros Selic sobre a multa (itens 299 a 306), bem como à incidência de juros Selic sobre valores lançados de ofício (itens 307 e 308).

Abordou a exigência de CSLL, alegando ser improcedente nos moldes já defendidos em relação ao IRPJ (item 309 a 311). Expõe que, diante da improcedência da autuação, há necessidade de recomposição do prejuízo fiscal e base de cálculo negativa de CSLL compensados na apuração dos valores lançados (item 312), finalizando (item 313 a 315) resumindo seus argumentos em 19 itens, requerendo o cancelamento integral do Auto de Infração e protestando pela juntada posterior de documentos que se fizerem necessários.

A peça de impugnação é instruída com os seguintes documentos, além de documentos de representação processual e identificação de seus subscritores:

Doc 4 - Ata de Assembleia Geral de Constituição da Garuda S A de 15/09/1997 e Estatuto (fls. 1431/1454)

Doc 5 - Contrato Social da MCN Part e Empr. Ltda, Ata da Assembleia de 30/10/2009 (fls. 1455/1467)

Doc 6 - Ata da Assembleia de Constituição da SRXSPE e Estatuto (fls. 1468/1485)

Doc 7 - Ata da AGE da SRXSPE de 13/11/2009 (fls. 1486/1489)

Doc 8 - Contrato de Investimento e outras avenças de 25/11/2009 (fls. 1490/1528)

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 20/09/2014 por EDWAL CASONI DE PAULA FERNANDES JUNIOR, Assinado digitalmente em 20/09/2014 por EDWAL CASONI DE PAULA FERNANDES JUNIOR, Assinado digitalmente em 21/10/2014 por VALMAR FONSECA DE MENEZES
Impresso em 07/11/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Doc 9 - Contrato AFAC Banco Standard e Arthemia de 25/11/2009 (fls. 1529/1535)

Doc 10 - Acordo de acionistas da Arthemia de 25/11/2009 (fls. 1536/1567)

Primeiro aditivo, datado de 17/02/2011, ao acordo de acionistas da CPQ Brasil (na condição de sucessora por incorporação da Arthemia) (fls. 1568/1573)

Doc 11 - Nota Promissória de R$ 40.000.000,00 emitida pela Arthemia em 03/12/2009 (fls. 1575/1576)

Doc 12 - Leilão de Venda de Ações Ord e Pref da Garuda de 02/12/2009 (fls. 1577)

Doc 13 - Relatório de Investidor (fls. 1578/ 1579)

Doc 14 - Extrato de conta corrente e investimento (fls. 1580)

Doc 15 - Publicação relativa a Garuda de fato relevante – alienação de controle (fls. 1581/1582)

Doc 16 - Fato relevante ocorrido na Arthemia (aquisição das ações da Garuda) fls. 1583/1584

Doc 17 - Registro de Transferência de ações nominativas da Arthemia para a MCN (fls. 1585/1590)

Doc 18 - Relatório de avaliação econômico-financeira de 30/12/2009 da Garuda (fls. 1591/1624)

Doc 19 - Ata da AGE da Garuda de 31/12/2009 (fls. 1625/1664) incorporação da Garuda pela CPQ

Doc 20 - Ata da AGE da Arthemia de 31/12/2009 incorporação da Arthemia pela CPQ (fls. 1665/1687 e1690/1765)

Doc 21 - Ata da AGE da CPQ de 15/01/2010 emissão de debêntures (fls. 1765/1769)

Doc 22 - Escritura particular de emissão pública de debêntures da CPQ e outro documentos relativos às debêntures (fls. 1770/1968)

Doc 23 - Recibo de subscrição de debêntures de 01/02/2010 (fls. 1698/ 1960)

Doc 24 - Extrato Itaú fls. 1969

Doc 25 - Ata da AGE de 30/04/2010 da CPQ relativa ao aumento de capital mediante capitalização do AFAC do Banco Standard (fls. 1970/1972)

Doc 26 - Publicação em portal de notícias sobre a *venda da Casa do Pão de Queijo por R$ 70 milhões* (fls. 1973/1974)

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 20/09/2014 por EDWAL CASONI DE PAULA FERNANDES JUNIOR, Assinado digitalmente em 20/09/2014 por EDWAL CASONI DE PAULA FERNANDES JUNIOR, Assinado digitalmente em 21/10/2014 por VALMAR FONSECA DE MENEZES
Impresso em 07/11/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Doc 27 - DIPJ 2009 – ano-calendário 2008 da Arthemia (fls. 1975/1999)

Doc 28 - Recibo emitido pelo do Banco Itaú em favor da Arthemia datado de 10/12/2009(fls. 2000).

A 1ª Turma da DRJ em Campinas/SP, nos termos do acórdão e voto de folhas 2.027 em diante, julgou o lançamento procedente, reconhecendo, em resumo, que na espécie se cuidaria do denominado "ágio interno", cuja dedutibilidade das despesas não seria autorizada.

Com efeito, o acórdão recorrido ficou assim ementado:

[...]

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2010, 2011

Nulidade. Inocorrência.

São considerados nulos somente atos e termos lavrados por pessoa incompetente e despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa, nos termos do art. 59, incisos I e II, do Decreto nº 70.235, de 1972 (PAF), não havendo que se falar em nulidade quando observados, nos lançamentos formalizados, os requisitos contidos no art. 142 do CTN bem como o disciplinamento do Processo Administrativo Fiscal (PAF).

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Ano-calendário: 2010, 2011

IRPJ. Amortização de Ágio.

A amortização do ágio, como regra geral, é indedutível para a apuração do lucro real, bem como da base de cálculo da CSLL. A possibilidade de deduzi-la prevista no art. 386, III, do RIR/99 art. 7º, III, da Lei 9.532/97 e art. 10 da Lei 9.718/98 não pode prevalecer quando, para sua configuração, é utilizada uma empresa veículo (incorporada em curto espaço de tempo), para, em nome dela, serem adquiridas ações com ágio, pago com recursos obtidos em função do patrimônio da própria incorporadora.

A condição legal de ocorrência de uma operação de incorporação, mediante extinção da investida ou da investidora, não pode ser admitida apenas como uma exigência formal, mas deve ser considerada como um requisito de efetivo conteúdo econômico e societário, que reflita um verdadeiro propósito negocial e não apenas uma opção empresarial dos interessados, sob pena de se

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 20/09/2014 por EDWAL CASONI DE PAULA FERNANDES JUNIOR, Assinado digitalmente em 20/09/2014 por EDWAL CASONI DE PAULA FERNANDES JUNIOR, Assinado digitalmente em 21/10/2014 por VALMAR FONSECA DE MENEZES
Impresso em 07/11/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

interpretar extensivamente uma norma concessiva de um benefício, hipótese vedada pelo art. 111 do CTN.

Multa Qualificada.

Não há como afastar a imputação fiscal de sonegação e simulação e a consequente aplicação da multa qualificada se descritas pela Fiscalização circunstâncias que demonstram a ocorrência de reestruturação societária para criar, formalmente, por meio da constituição e posterior incorporação de "empresa veículo", uma situação que se enquadrasse na exceção legal que possibilita deduzir despesas de amortização de ágio, advinda com a Lei 9.532/97, o que justifica, além da glosa das correspondentes deduções, a multa no percentual de 150%.

Multa Isolada. Falta/Insuficiência do Recolhimento de Estimativas Mensais.

Constatada a falta/insuficiência do recolhimento das estimativas devidas, fica a pessoa jurídica sujeita à multa de ofício isolada sobre os valores inadimplidos.

Tributação Reflexa. CSLL.

Em se tratando de exigência reflexa que tem por base os mesmos fatos que ensejaram o lançamento do imposto de renda, a decisão de mérito prolatada no principal constitui prejulgado na decisão do lançamento decorrente.

Juros de Mora Sobre Multa de Ofício.

Sobre a multa de ofício não paga no vencimento incidem juros de mora.

Juros de Mora. Incidência. O crédito tributário não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta.

Taxa SELIC.

Nos termos da legislação em vigor, os juros serão equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente.

Inconstitucionalidade.

A apreciação de alegações relacionadas a inconstitucionalidade da legislação tributária não é de competência da autoridade administrativa, mas sim exclusiva do Poder Judiciário.

Impugnação Improcedente

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 20/09/2014 por EDWAL CASONI DE PAULA FERNANDES JUNIOR, Assinado digitalmente em 20/09/2014 por EDWAL CASONI DE PAULA FERNANDES JUNIOR, Assinado digitalmente em 21/10/2014 por VALMAR FONSECA DE MENEZES
Impresso em 07/11/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Crédito Tributário Mantido

[...]

Devidamente cientificada da decisão a contribuinte interpôs Recurso Voluntário, reiterando as preliminares de nulidade do auto de infração e reproduzindo seus argumentos de inconformismo.

É o relatório.

CÓPIA

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 20/09/2014 por EDWAL CASONI DE PAULA FERNANDES JUNIOR, Assinado digitalmente em 20/09/2014 por EDWAL CASONI DE PAULA FERNANDES JUNIOR, Assinado digitalmente em 21/10/2014 por VALMAR FONSECA DE MENEZES
Impresso em 07/11/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Voto

CÓPIA

Conselheiro Edwal Casoni de Paula Fernandes Jr., Relator.

O Recurso é tempestivo e dotado dos pressupostos de recorribilidade. Admito-o para julgamento.

Assento de plano que deixo de apreciar as preliminares de nulidade do auto de infração na forma do § 3º, do artigo 59, do Decreto nº 70.235/72, porquanto entendo que a questão, no mérito, se resolve favoravelmente ao contribuinte.

Como bem descrito no relatório acima circunstanciado, cuida-se de autos de infração versando glosa à dedutibilidade de despesas com amortização de ágio, resultante (ele ágio) de operações societárias pelas quais o dito ágio passou para o patrimônio da recorrente por ocasião da incorporação das empresas Garuda e a Arthemia.

Em resumo, a Fiscalização sustenta que o denominado ágio fora transferido à recorrente por meio de "empresa veículo", expediente que tornaria a despesa indedutível, já que a "Arthemia", não teve outro propósito negocial senão a transferência.

Seguramente o assunto tratado nestes autos é controvertido e pendente, em âmbito genérico, de uma pacificação dos precedentes administrativos. Eu mesmo tenho oscilado, em cada caso, minha posição no tocante ao aproveitamento de despesas com ágio transferido por meio de empresa veículo, ou gerado no mesmo grupo econômico, procurando observar cada operação e partir daí definir concretamente.

Acompanhando os diversos julgamentos de casos semelhantes, bem como ponderando as questões puramente jurídicas que implicam nas conclusões de inadmissão das tais despesas, unicamente porque transferidas por empresa veículo ou geradas internamento, penso que a matéria precisa ser pacificada, em âmbito genérico – torno a dizer – favoravelmente à dedutibilidade das despesas com ágio.

Como tenho assentado nos casos em que me manifestei favoravelmente à dedutibilidade, é fato que o ágio corresponde à diferença entre o custo de aquisição de determinado investimento e o seu valor patrimonial, de sorte que ele, falo do ágio, se apresenta sempre que uma das partes, munida de desígnios variados, a exemplo da expectativa de rentabilidade futura, propõe-se a pagar pelo investimento um valor maior do que aquele que corresponde ao seu patrimônio líquido.

A fiscalização insurge-se, no entanto, não contra a apuração material do ágio, verificado no Relatório de avaliação econômico-financeira da "Garuda" (fls. 1591/1624), então controladora da recorrente, mas com o fato de ter sido "engendrado planejamento tributário com a reorganização societária calcada em uma empresa veículo", a "Arthemia", com o propósito de aferir vantagem fiscal, dedutibilidade do ágio.

Ou seja, a hipótese de glosa foi gerada ante a constatação de planejamento tributário, que seria inoponível ao Fisco.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 20/09/2014 por EDWAL CASONI DE PAULA FERNANDES JUNIOR, Assinado digitalmente em 20/09/2014 por EDWAL CASONI DE PAULA FERNANDES JUNIOR, Assinado digitalmente em 21/10/2014 por VALMAR FONSECA DE MENEZES
Impresso em 07/11/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Considero necessário, para deslindar a questão, iniciar-se pela reprodução do que dispõem os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, *verbis:*

> *Art. 7º A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977:*
>
> *I - deverá registrar o valor do ágio ou deságio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "a" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, em contrapartida à conta que registre o bem ou direito que lhe deu causa;*
>
> *II - deverá registrar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "c" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, em contrapartida a conta de ativo permanente, não sujeita a amortização;*
>
> *III - poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b " do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados em até dez anos-calendários subseqüentes à incorporação, fusão ou cisão, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no máximo, para cada mês do período de apuração;*
>
> *III - poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do § 2º do art. 20 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração; (Redação dada pela Lei nº 9.718, de 1998)*
>
> *IV - deverá amortizar o valor do deságio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados durante os cinco anos-calendários subseqüentes à incorporação, fusão ou cisão, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no mínimo, para cada mês do período de apuração.*
>
> *§ 1º O valor registrado na forma do inciso I integrará o custo do bem ou direito para efeito de apuração de ganho ou perda de capital e de depreciação, amortização ou exaustão.*
>
> *§ 2º Se o bem que deu causa ao ágio ou deságio não houver sido transferido, na hipótese de cisão, para o patrimônio da sucessora, esta deverá registrar:*
>
> *a) o ágio, em conta de ativo diferido, para amortização na forma prevista no inciso III;*
>
> *b) o deságio, em conta de receita diferida, para amortização na forma prevista no inciso IV.*
>
> *§ 3º O valor registrado na forma do inciso II do caput:*
>
> *a) será considerado custo de aquisição, para efeito de apuração de ganho ou perda de capital na alienação do direito que lhe deu*

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 20/09/2014 por EDWAL CASONI DE PAULA FERNANDES JUNIOR, Assinado digitalmente em 20/09/2014 por EDWAL CASONI DE PAULA FERNANDES JUNIOR, Assinado digitalmente em 21/10/2014 por VALMAR FONSECA DE MENEZES
Impresso em 07/11/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

CÓPIA

> *causa ou na sua transferência para sócio ou acionista, na hipótese de devolução de capital;*
>
> *b) poderá ser deduzido como perda, no encerramento das atividades da empresa, se comprovada, nessa data, a inexistência do fundo de comércio ou do intangível que lhe deu causa.*
>
> *§ 4º Na hipótese da alínea "b" do parágrafo anterior, a posterior utilização econômica do fundo de comércio ou intangível sujeitará a pessoa física ou jurídica usuária ao pagamento dos tributos e contribuições que deixaram de ser pagos, acrescidos de juros de mora e multa, calculados de conformidade com a legislação vigente.*
>
> *§ 5º O valor que servir de base de cálculo dos tributos e contribuições a que se refere o parágrafo anterior poderá ser registrado em conta do ativo, como custo do direito.*
>
> *Art. 8º O disposto no artigo anterior aplica-se, inclusive, quando:*
>
> *a) o investimento não for, obrigatoriamente, avaliado pelo valor de patrimônio líquido;*
>
> *b) a empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a propriedade da participação societária.*

Ora, pela leitura dos dispositivos acima reproduzidos, resta verificado que de fato não há na legislação de regência os óbices apontados pela Fiscalização e pela decisão recorrida, a questão do planejamento tributário, que subsiste como fundamento da Fiscalização e da decisão recorrida, foi abordado em recente julgamento ocorrido no âmbito 2ª Turma Ordinária da 3ª Câmara desta Seção de Julgamento, no qual o eminente Conselheiro Alberto Pinto de Souza Junior, trouxe ponderações acerca da matéria que me fizeram repensar o assunto e ao meu sentir encerram a celeuma, fixando balizas sólidas para o enfrentamento de autuações semelhantes, de sorte que considero oportuna a transcrição de trechos do voto proferido no Processo Administrativo nº 16682.720880/2011-11:

> [...]
>
> Os julgadores do CARF prestarão um grande serviço ao Estado e a sociedade brasileiras se imprimirem segurança jurídica e isonomia ao sistema, **evitando que suas decisões fiquem ao sabor lotérico do entendimento de cada conselheiro sobre conceitos vagos não positivados como, por exemplo, "falta de propósito negocial"**, que não passa de uma construção jurisprudencial alienígena sem respaldo no ordenamento jurídico pátrio. Da mesma forma, não me impressiona os efeitos tributários que se tenta dar a um mero pronunciamento técnico da CVM sobre ágio gerado em operações internas, senão vejamos o teor do item 20.1.7 do Ofício-Circular CVM/SNC/SEP nº 01/2007, *in verbis*:
>
> > [A CVM tem observado que determinadas operações de reestruturação societária de grupos econômicos (incorporação de empresas ou incorporação de ações) resultam na geração artificial de "ágio.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 20/09/2014 por EDWAL CASONI DE PAULA FERNANDES JUNIOR, Assinado digitalmente em 20/09/2014 por EDWAL CASONI DE PAULA FERNANDES JUNIOR, Assinado digitalmente em 21/10/2014 por VALMAR FONSECA DE MENEZES
Impresso em 07/11/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

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

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

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

Não é concebível, econômica e contabilmente, o reconhecimento de acréscimo de riqueza em decorrência de uma transação dos acionistas com eles próprios. **Ainda que, do ponto de vista formal, os atos societários tenham atendido à legislação aplicável (não se questiona aqui esse aspecto), do ponto de vista econômico, o registro de ágio, em transações como essas, somente seria concebível se realizada entre partes independentes**, **conhecedoras do negócio, livres** de pressões ou outros interesses que não a essência da transação, condições essas denominadas na literatura internacional como "arm's length".

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

Nota-se, hoje, que alguns tentam elevar tal pronunciamento da CVM a um status de norma tributária proibitiva do reconhecimento do chamado ágio interno ao grupo econômico, o que, por si só, já seria absurdo. **A análise feita pela CVM é de cunho estritamente econômico, pois sequer embasa seu entendimento em qualquer norma jurídica, muito pelo contrário, afirma que, ainda que respeitada a Lei, economicamente é inconcebível o reconhecimento do ágio interno**.

Como já dito anteriormente, "falta de substância econômica" assim como "falta de propósito negocial" não são institutos jurídicos nacionais, logo não maculam o ato jurídico seja lá qual for o conceito que os seus aplicadores lhes deem, logicamente, desde que não se configurem como um vício do negócio jurídico, segundo o nosso ordenamento legal.

(...)

Trata-se aqui de aplicação direta do disposto nos arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97 sem utilização de empresa veículo, pois a autoridade fiscal se insurge contra

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 20/09/2014 por EDWAL CASONI DE PAULA FERNANDES JUNIOR, Assinado digitalmente em 20/09/2014 por EDWAL CASONI DE PAULA FERNANDES JUNIOR, Assinado digitalmente em 21/10/2014 por VALMAR FONSECA DE MENEZES
Impresso em 07/11/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

o fato de o investidor no exterior ter preferido aportar capital em uma subsidiária, para que essa depois adquirisse as ações da recorrente com ágio.

Por certo, entendeu a autoridade fiscal que estaria obrigado o investidor a optar por adquirir diretamente as ações da recorrente com ágio, pois aí não teria como se valer das referidas normas – caminho mais oneroso.

No que tange ao enquadramento da conduta da recorrente como simulação, inicialmente, ressalto que a simulação em matéria fiscal foi bem enfrentada no Parecer CST 46/87, do qual retiro duas conclusões, quais sejam, que as operações simuladas são:

a) ilícitas na medida em que pretendem encobrir ato de natureza jurídica com efeitos tributários mais onerosos para o contribuinte;
b) devem prevalecer os efeitos do negócio dissimulado.

O referido parecer analisou uma situação em que o contribuinte remetia dividendos travestidos de devoluções de capital, para escapar da tributação que havia à época sobre a remessa de dividendos. Note-se, assim, que estávamos diante de um caso de simulação relativa, pois havia o ato simulado – devolução de capital – e o ato dissimulado –remessa de dividendos (simulação sobre a causa do negócio jurídico).
Como bem sustenta Beleza dos Santos (A Simulação em Direito Civil, ed. Lejus, p. 211): "*Para que exista a simulação relativa é portanto necessário que, em virtude de um conluio das partes, se simule um ato aparente para enganar terceiro e que sob essa aparência se dissimule outro correspondente à vontade real e séria das partes*".

Qual o conluio demonstrado nos autos? Será que fazer jus aos benefícios dos arts. 7º e 8 º da Lei 9.532/97 podem ser tomados como enganar o Fisco? Qual o ato dissimulado?

Todas as respostas são negativas, pois a contribuinte quis transferir o ágio para a operacional, o que encontrou amparo no art. 8º da Lei 9.532/97. Veja que, sob qualquer prisma, a existência do ágio era indiscutível, pois sequer se enquadrava na débil definição de ágio interno adotada por alguns. Ademais, não resta demonstrado no TVF qual o ato dissimulado nem a autoridade fiscal demonstra o pacto simulatório, o que, por si só, já seria suficiente para afastarmos a acusação de simulação.

Note-se que os efeitos buscados pela recorrente eram os efeitos próprios do atos praticados (...)

O conceito de propósito negocial é vago e não se enquadra em qualquer dos incisos, nem mesmo no inciso II, pois ainda que os sócios não tivessem a intenção de perpetuar a empresa, isso não torna a sua cláusula de constituição menos verdadeira. O propósito negocial pode ser, exatamente, o de realizar uma reorganização societária para se valer das normas permissivas criadas pelo Estado. O entendimento de que o contribuinte pode se reorganizar desde que não seja exclusivamente para reduzir carga tributária (causa extra-

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 20/09/2014 por EDWAL CASONI DE PAULA FERNANDES JUNIOR, Assinado digitalmente em 20/09/2014 por EDWAL CASONI DE PAULA FERNANDES JUNIOR, Assinado digitalmente em 21/10/2014 por VALMAR FONSECA DE MENEZES
Impresso em 07/11/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

tributária) é apenas uma teoria sem amparo no Direito posto. A finalidade da sociedade empresária é maximizar seus lucros, pelo aumento do faturamento e redução de custo, o que é legítimo desde que suas condutas sejam lícitas.

(...)

Teria então a recorrente fraudado o espírito da norma (art. 8º da Lei 9.532/97), ou seja, a conduta da recorrente se enquadra na fraude à lei?

De plano afasto essa hipótese, pois, diante de dois caminhos legais, não estaria obrigado o investidor estrangeiro a optar pelo mais oneroso tributariamente, ou seja, aquele em que ele adquirisse diretamente as ações de MTE com ágio e depois não pudesse realizar o evento (incorporação, fusão ou cisão) que lhe permitisse recuperar o custo sem alienar o investimento.

Ressalto que o art. 8º da Lei 9.532/97 teve como finalidade o processo de privatização, pois, por tal norma, permitiu-se que a despesa com amortização do ágio continuasse a ser dedutível das bases tributáveis, mesmo que a empresa veículo (controladora da empresa operacional - estatal privatizada) fosse incorporada por sua controlada. Isso era fundamental para preservação dos intangíveis da empresa adquirida com ágio. Em suma: o controle da empresa privatizada era adquirida com ágio; o controle e o ágio eram transferidos, em integralização de capital, para uma empresa veículo; por último, a empresa veículo (controladora) era incorporada por sua controlada (empresa privatizada), a qual passava a amortizar o ágio, por força dos arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97.

Conforme retro tratado, no presente caso sequer estamos diante de empresa veículo, mas a recorrente se valeu do art. 8º para incorporar a sua coligada-investidora e passar a amortizar o ágio. Note-se então que não há falar que a conduta da recorrente tenha sido em fraude à lei, pois foi justamente para possibilitar tal operação que a norma foi editada.

Em face do exposto, voto por dar provimento ao recurso voluntário do contribuinte, para cancelar os autos de infração do IRPJ e da CSLL em tela.

(...)

(meus os grifos e as supressões)

Como referi acima, me parece que o citado voto, o qual estampa o rigor científico típico do Conselheiro Alberto Pinto Souza Junior, eliminam qualquer dúvida que o intérprete possa ter diante de semelhantes imputações, porquanto traça premissas singelas, mas inarredáveis: não há base para tergiversar-se acerca de propósito negocial, ausente esta figura no regramento da espécie; não estão os contribuintes sujeitados a promoverem reorganizações societárias do ponto de vista mais oneroso; não há vedação na legislação de regência para o aproveitamento do ágio gerado internamente.

Com tais premissas estabelecidas, também eu não vejo como subsistir a autuação relacionada ao aproveitamento do ágio unicamente porque transferido à recorrente por operação envolvendo empresa dita "veículo". Nada foi feito em contrariedade à legislação de regência, tampouco simuladas ou dissimuladas as operações.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 20/09/2014 por EDWAL CASONI DE PAULA FERNANDES JUNIOR, Assinado digitalmente em 20/09/2014 por EDWAL CASONI DE PAULA FERNANDES JUNIOR, Assinado digitalmente em 21/10/2014 por VALMAR FONSECA DE MENEZES
Impresso em 07/11/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Imperioso citar que Celso Ribeiro Bastos, *in Comentários ao Código Tributário Nacional, Ed. Saraiva, pág. 193*, ao descortinar o parágrafo único, do artigo 116, do Código Tributário Nacional, assim arremata:

> *"(...) o parágrafo único do dispositivo posto à análise ainda é, não obstante seu tempo de vigência no ordenamento, bastante debatido na doutrina. E isso porque instituiu no país o que muitos denominam equivocadamente norma geral antielisiva.*
>
> *Para explicar melhor, é importante mencionar que, antes do referido dispositivo, prevalecia a ideia de plena liberdade de planejamento tributário, sendo a [única barreira posta a este os casos de simulação. O contribuinte tinha plena liberdade de reestruturar seus negócios e de economizar o tributo] (...)*
>
> *A norma em tela, no entanto, não inibe o planejamento tributário, que é aquilo que não ofende as leis vigentes, o ordenamento. O planejamento, ou melhor, elisão tributária, continua válida no país. O que a nova norma dispõe é acerca das hipóteses de dissimulação, um ato que omite a ocorrência do fato gerador ou oculta a natureza de um negócio, de uma transação tributável. A norma, portanto, é antievasão. Apenas deixou mais claro aquilo que já constituía o ilícito tributário. (...)"*

Não parece legítimo, destarte, concluir que a simples intenção da Recorrente em proceder de forma a gerar economia de tributo possa desnaturar e invalidar os efeitos da transação, mesmo que tais efeitos tenham implicado na geração de um ágio interno, por absoluta falta de previsão legal para esta conclusão.

Vê-se assim, que a decisão recorrida estipula que as justificativas dadas pela Recorrente para o implemento da transação, não hospedariam a legitimidade para deduzir-se a despesas, eis que a Arthemia teria sido mera "empresa veículo", surgida com o intuito preponderante, senão único, de criar-se o ágio.

Mas, se como vimos acima, a lei tributária não traz vedação semelhante, de fato se precisa aferir se a Recorrente agiu com abuso de direito, de sorte que a questão, para além da formação ágio, cujo laudo – repito – não foi contestado, passa pelo enfrentamento da questão da elisão fiscal.

Com tais premissas estabelecidas, convém registrar que minha análise dos autos afasto por completo qualquer abuso de direito praticado pela Recorrente, bem como, na legislação de regência, não encontro fundamento válido para impor-se a glosa unicamente porque o contribuinte realizou estruturação societária de forma menos onerosa do ponto de vista tributário, contrário disso, observo legítimos os procedimentos regulares de elisão fiscal.

Em hipótese alguma, a simples intenção de efetivar-se um planejamento tributário *(fundamento da decisão recorrida)*, pode indicar abuso de direito, necessitando-se, para esta configuração, demonstrar que a Recorrente tenha agido de forma dissimulada, abstraindo se houve ou não o propósito negocial que autorize o ágio, situação que será enfrentada a seguir, cuidando-se do abuso de direito, ressalvada as hipóteses de simulação, não verifico que a intenção de elisão fiscal possa acarretar os efeitos dados pela decisão recorrida.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 20/09/2014 por EDWAL CASONI DE PAULA FERNANDES JUNIOR, Assinado digitalmente em 20/09/2014 por EDWAL CASONI DE PAULA FERNANDES JUNIOR, Assinado digitalmente em 21/10/2014 por VALMAR FONSECA DE MENEZES
Impresso em 07/11/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Aliás, para que se configure a simulação, imprescindível seja demonstrado um descompasso entre a *intentio facti* e o *intentio júris*, sem os quais, não se pode falar em simulação, já que esta pressupõe operação que não existe, falseia-se a realidade do que efetivamente ocorreu, ou seja, ocorre a desconformidade consciente e querida da declaração com a vontade, mas é preordenada com a parte à qual a declaração se dirige e acordado com ela, a fim de enganar terceiros.

In casu, os fatos ocorridos não foram fingidos nem simulados e tampouco dissimularam outro fato. Todas as circunstâncias fáticas levantadas no auto de infração realmente aconteceram na realidade negocial e não tiveram o objetivo de encobrir outros fatos, não sendo legítimo deixar de reconhecer que é dever das autoridades fiscais coibir práticas de utilização do ordenamento jurídico por meio de estratagemas, formadas como negócios simulados, com fraude à lei ou com dolo que causem prejuízo ao Erário. Bem assim, não pode se negar que os contribuintes utilizam formas simuladas para esconder dolosamente fatos geradores.

Contudo, não se pode admitir que considerações ou interpretações subjetivas da autoridade fiscal, possam descaracterizar operações legítimas e revestidas de licitude praticadas pelos contribuintes com total amparo no ordenamento jurídico vigente e qualificá-las como simuladas.

Com efeito, acerca do tema esta Turma decidiu, por ocasião do julgamento do PA nº 18471.000999/2005-29, de relatoria do eminente Colega Valmir Sandri:

> *Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ*
>
> *Ano-calendário: 2000, 2001, 2002, 2003*
>
> *Ementa: SIMULAÇÃO - Configura-se como simulação, o comportamento do contribuinte em que se detecta uma inadequação ou inequivalência entre a forma jurídica sob a qual o negócio se apresenta e a substância ou natureza do fato gerador efetivamente realizado, ou seja, dá-se pela discrepância entre a vontade querida pelo agente e o ato por ele praticado para exteriorização dessa vontade.*
>
> *(...) ABUSO DE DIREITO- A figura de "abuso de direito" pressupõe que o exercício do direito tenha se dado em prejuízo do direito de terceiros, não podendo ser invocada se a utilização da empresa veículo, exposta e aprovada pelo órgão regulador, teve por objetivo proteger direitos (os acionistas minoritários), e não violá-los. Não se materializando excesso frente ao direito tributário, pois o resultado tributário alcançado seria o mesmo se não houvesse sido utilizada a empresa veículo, nem frente ao direito societário, pois a utilização da empresa veículo deu-se, exatamente, para a proteção dos acionistas minoritários, descabe considerar os atos praticados e glosar as amortizações do ágio. (...)*

Ora, se a própria decisão recorrida assenta que a intenção da Recorrente sempre foi realizar a operação da forma menos onerosa, nada há de simulado ou abusivo nisso, de sorte que não vejo no caso em exame a dissimulação de qualquer aspecto da legislação de regência, já que inexistiu abuso do direito, da forma jurídica ou da interpretação da *mens legis,* eis que os negócios jurídicos praticados pela Recorrente tiveram evidente motivação no plano societário.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 20/09/2014 por EDWAL CASONI DE PAULA FERNANDES JUNIOR, Assinado digitalmente em 20/09/2014 por EDWAL CASONI DE PAULA FERNANDES JUNIOR, Assinado digitalmente em 21/10/2014 por VALMAR FONSECA DE MENEZES
Impresso em 07/11/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Aliás, verificando os eventos societários descritos pela contribuinte, ao contrário do que propagado pela decisão recorrida, apresenta-se conclusão de que a Arthemia serviu muito mais do que para transferir o ágio à recorrente, tendo papel preponderante na negociação.

Como descreveu a contribuinte, houve interesse de terceiros investidores no seu negócio, e em 1999, a gestora de Fundos de Private Equity denominada Pátria Investimentos S A adquiriu o controle societário dela recorrente, passando o núcleo familiar a deter a minoria do capital, sendo que até novembro de 2009, o capital social da requerente era detido da seguinte forma: 70% das suas ações pela Garuda e 30% pela MCN.

Segundo pontuou a recorrente, a Garuda, até então, sua controladora, fora criada em 1997 (fls. 1431/1454), sendo holding centralizadora de investimentos diversos sem correlação com os outros sócios da recorrente, enquanto que a MCN, era sociedade holding detida diretamente por dois acionistas pessoas físicas, Alberto Carneiro Neto e Marco Aurélio Aliberti Mammana (fls. 1455/1467), ou seja, neste cenário, a Garuda representava o núcleo dos Fundos de Private Equity que investiram nela recorrente, enquanto que a MCN representava o núcleo familiar relacionado ao Sr. Mario Carneiro.

Não se pode desconhecer também, que ao narrar os fatos sucedidos, a contribuinte demonstrou que o real interesse por trás dos eventos societários que se seguiram, tiveram três fatores preponderantes: i) terceiro investidor (Banco Standard) em adquirir investimento, ii) investidores controladores em liquidar o investimento e iii) acionista minoritário (MCN) em voltar a deter o controle acionário da recorrente CPQ, iniciando-se a parceria do Banco Standard com a MCN, de modo que, ao final, cada parte passasse a deter metade do capital da CPQ, de sorte que no âmbito da parceria, o acionista minoritário (MCN) entraria com os 30% que detinha no capital da CPQ, enquanto que o Banco Standard desembolsaria parte dos recursos financeiros necessários à aquisição das ações da Garuda, enquanto que a outra parte do investimento, seria feito com base em empréstimo tomado pela parceria.

Neste cenário dos fatos, é que defende a contribuinte ter surgido a "Arthemia", constituída em 2009, com a denominação de S.R.X.S.P.E (fls. 1468/1485), sendo que a Ata de AGE de folhas 1486/1489, indica que houve a transferência das ações da S.R.X.S.P.E para a MCN, bem como a mudança da denominação social da S.R.X.S.P.E para Arthemia, e o aumento de capital da Arthemia pela MCN com a totalidade de sua participação societária detida na CPQ, que consistia em 1.727.402 ações ordinárias, nominativas, sem valor nominal, representativas de 30% do capital social total e votante da CPQ.

O contexto que a contribuinte defende ter havido efetivo propósito negocial para a criação da Arthemia, dá-se ao abordar que o Contrato de Investimento de folhas 1490/1528, pelo qual o Banco Standard se comprometeu a efetuar investimento na Arthemia, para futuro aumento de capital, também se comprometendo, o Banco Standard, a converter o investimento na Arthemia em capital da própria Arthemia, no prazo de até seis meses contados da data em que o Banco Standard obtivesse aprovação do Banco Central da África do Sul ou até quatro anos contados da data de fechamento do contrato de investimento, o que ocorresse primeiro e no momento em que a conversão do investimento em capital ocorresse, a cláusula 3.2 estabelecia que a Arthemia deveria emitir, em favor do Banco Standard, ações ordinárias, nominativas, sem valor nominal, em montante que, somadas às duas ações que passariam a ser detidas por Marcelo Di Lorenzo representassem 50% do seu capital social, sendo que o

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 20/09/2014 por EDWAL CASONI DE PAULA FERNANDES JUNIOR, Assinado digitalmente em 20/09/2014 por EDWAL CASONI DE PAULA FERNANDES JUNIOR, Assinado digitalmente em 21/10/2014 por VALMAR FONSECA DE MENEZES
Impresso em 07/11/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Contrato de Investimento deixa claro que o investimento efetuado na Arthemia, sempre teve como propósito claro e declarado a futura aquisição, pela Arthemia, as ações da Garuda e que parte dos recursos necessários à aquisição das ações da Garuda dependiam de um empréstimo financeiro que seria tomado pela Arthemia.

Na sequência da narrativa dos fatos, tem-se que em 25/11/2009 foi celebrado Contrato de AFAC (fls. 1529/1535) entre o Banco Standard e a Arthemia, pelo qual o investimento do Banco Standard na sociedade de parceria com a MCN, justamente a Arthemia atingiu o valor de R$ 30.000.000,00 e, também em 25/1/2009, foi firmado o "Acordo de Acionistas da Arthemia Participações S A" (fls. 1536/1567), cuja eficácia estava sujeita à vigência e eficácia do Contrato de Investimento, mediante o fechamento da operação, desde que a oferta da Arthemia no Leilão de venda das ações da Garuda fosse declarada a oferta vencedora, quando em 31/12/2009, com o objetivo de adquirir as ações da Garuda, a Arthemia tomou empréstimo no valor de R$ 40.000.000,00, dívida tomada a partir da emissão, pela Arthemia, de Nota Promissória Comercial de folhas 1575/1576, a qual foi objeto de distribuição pública, com esforços restritos de colocação, nos termos da Instrução da CVM nº 476, de 2009, dispensada de registro na CVM, ficou depositada no Banco Itaú com destinação exclusiva para o financiamento da aquisição da totalidade das ações da Garuda pela Arthemia, e teve como garantia a alienação fiduciária de 100% das ações representativas do capital da própria Arthemia, ações essas detidas, à época, exclusivamente pela MCN, sendo que ao final do investimento feito pelo Banco Standard e da dívida tomada, a Arthemia levantou o montante de R$ 70.000.000,00 para efetuar a aquisição das ações da Garuda em leilão e, dessa forma, a Arthemia foi extremamente importante no contexto da aquisição das ações da Garuda, não só pelo fato de que foi a sociedade necessária para estabelecer a parceria entre a MCN e o Banco Standard, mas também porque foi a sociedade que tomou a dívida (no valor de R$ 40.000.000,00) necessária para a própria aquisição das ações da Garuda no Leilão.

Tem demonstrado a contribuinte, ainda, que os valores do empréstimo de R$ 40.000.000,00 só foram tomados porque a Arthemia possuía um ativo relevante (30% da Casa do Pão de Queijo) que garantia o empréstimo tomado e havia ainda a obrigação de a sociedade tomadora da dívida ser incorporada pela CPQ e o plausível objetivo de concentrar a dívida e a receita operacional em uma única sociedade.

No mais, ficou demonstrado que a aquisição das ações da Garuda pela Arthemia, decorrente da parceria estabelecida entre a MCN e o Standard Bank, se deu mediante leilão de venda das ações da Garuda (fl. 1577) mediante pagamento à vista de R$ 68.931.554,44, sendo R$ 2,38 por cada ação ordinária e preferencial da Garuda, a qual passou a ser detida integralmente pela Arthemia, ocorrendo a retirada dos acionistas patrimônio FIA, PP Participações, BFF LLP, OPCO Brazil e JP Morgan, conforme relatório da instituição financeira que era depositária das ações da Garuda (fls. 1578/1579).

Tem razão a contribuinte, também por esse viés, ao frisar que a Arthemia, em função da aquisição das ações da Garuda e nos termos do art. 385 do RIR/99, tinha obrigação de avaliar seu investimento na Garuda segundo o método da equivalência patrimonial, isto é desdobrando seu valor total em (i) valor do patrimônio líquido da Requerente; e (ii) ágio ou deságio, seguindo a legislação fiscal e societária em vigor, de sorte que a Arthemia apurou ágio de R$ 52.989.186,29, resultante de operação de compra e venda entre empresas Brasileiras (Arthemia como adquirente e Garuda como adquirida), praticada entre partes independentes, e apurado em razão de o valor de mercado estimado para a Garuda, com base em suas projeções de fluxo de caixa descontado, resultarem em valores significativamente superiores ao seu patrimônio líquido à época, nada havendo de artificial ou simulado.

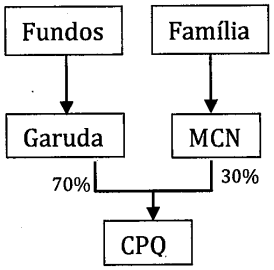
Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 20/09/2014 por EDWAL CASONI DE PAULA FERNANDES JUNIOR, Assinado digitalmente em 20/09/2014 por EDWAL CASONI DE PAULA FERNANDES JUNIOR, Assinado digitalmente em 21/10/2014 por VALMAR FONSECA DE MENEZES
Impresso em 07/11/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Por outro turno, o Laudo de Avaliação apresentado às folhas 1591 a 1624, que não foi contestado pela Fiscalização, confirma expressamente o fundamento do ágio pago pela Arthemia em relação a Garuda, com base em estimativas de rentabilidade futura segundo o método do fluxo de caixa descontado.

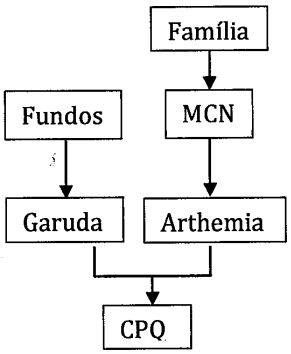
Sendo assim, deve-se verificar que mesmo que se apresentassem necessárias as justificativas de um propósito negocial na dita "empresa-veículo", a autuação não poderia prosperar, verificada a condição viabilizadora do negócio que assumiu a Arthemia.

Vejamos o gráfico da mudança societária.

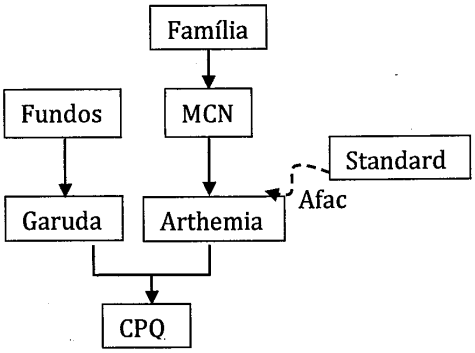
0. Início



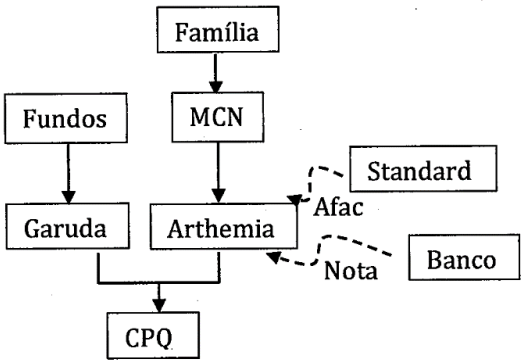
1. Criação Arthemia



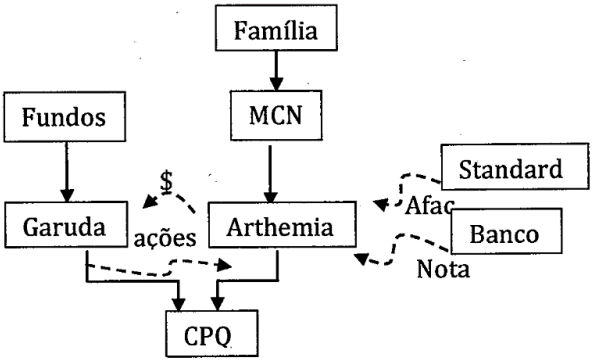
2. Contrato de Investimento (AFAC)



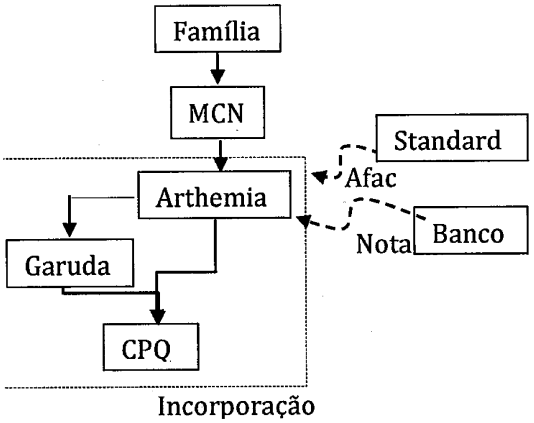
3. Arthemia emite Nota



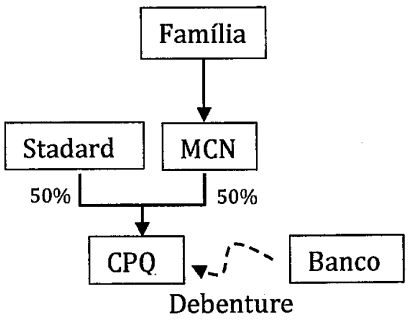
4. Compra de ações em leilão



5. Incorporação e Capitalização do Afac



6. Final



Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 20/09/2014 por EDWAL CASONI DE PAULA FERNANDES JUNIOR, Assinado digitalmente em 20/09/2014 por EDWAL CASONI DE PAULA FERNANDES JUNIOR, Assinado digitalmente em 21/10/2014 por VALMAR FONSECA DE MENEZES
Impresso em 07/11/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Portanto, analisando todas as etapas do negócio jurídico levado a efeito, até os resultados concretos que redundaram no aproveitamento do ágio não vejo como enquadrar esta operação como sendo um planejamento tributário abusivo, conforme entendeu a r. decisão recorrida, mesmo porque, para restar compreendida como abusiva, uma conduta deve refletir um conflito entre forma e substância, e a prova de tal conflito deve ser feita com base em elementos objetivos, sem uma justificativa razoável para tal operação, a qual não seja mera vantagem fiscal, o que, diga-se de passagem, em nenhum momento ficou comprovado nos autos.

No tocante à CSLL, anoto que repousando o lançamento nos mesmos fatos e mesmo fundamento jurídico do lançamento do IRPJ, as decisões quanto a ambos devem ser a mesma.

Sendo assim, encaminho meu voto no sentido de DAR provimento ao Recurso Voluntário.

Sala das Sessões, em 08 de abril de 2014.

(assinado digitalmente)

Edwal Casoni de Paula Fernandes Junior.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 20/09/2014 por EDWAL CASONI DE PAULA FERNANDES JUNIOR, Assinado digitalmente em 20/09/2014 por EDWAL CASONI DE PAULA FERNANDES JUNIOR, Assinado digitalmente em 21/10/2014 por VALMAR FONSECA DE MENEZES
Impresso em 07/11/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA