



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

Processo nº 19515.001712/2010-54
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1301-001.435 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 12 de março de 2014
Matéria IRPJ. Amortização de Ágio
Recorrente AGRENCO DO BRASIL S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2007, 2008, 2009

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. SIMULAÇÃO. CONFIGURAÇÃO.

Restando devidamente demonstrado nos autos que os agentes da fiscalização fundamentam a sua atuação na configuração efetiva de simulação nos atos praticados pela contribuinte (instrumentos particulares antedatados ou pós-datados), regular se verifica a glosa efetivada.

ÁGIO DE SI MESMO. COMPROVAÇÃO. INVALIDADE

Verificando-se que o documento que, supostamente, fundamentaria a expectativa de rentabilidade futura (“laudo”) refere-se, na verdade, à rentabilidade possível da própria contribuinte e não das empresas supostamente adquiridas na operação, inválida se verifica a constituição do ágio pretendido, devendo portanto ser aqui mantida a glosa efetivada.

PERDAS DE HEDGE. DEDUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE

Inexistindo prova/demonstração que fundamente os fatos relativos às supostas perdas sofridas pela contribuinte nas operações com hedge respectivas (ausência de registros no LALUR), inviável se verifica as deduções por ela então operadas.

MULTA DE OFÍCIO. QUALIFICAÇÃO. REGULARIDADE

Estando configurada a atuação fraudulenta e dolosa da contribuinte, simulando os fatos apontados com o objetivo único e exclusivo de reduzir o montante do tributo devido, válida se mostra a manutenção da penalidade qualificada, da forma como aplicada.

JUROS MORATÓRIOS. TAXA SELIC. SÚMULA CARF No 4.

A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no

período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, NEGAR PROVIMENTO ao recurso. Os Conselheiros Wilson Fernandes Guimarães, Luiz Tadeu Matosinho Machado (Suplente Convocado) e Paulo Jakson da Silva Lucas acompanharam pelas conclusões. Ausente, momentaneamente o Conselheiro Valmar Fonsêca de Menezes, presente o Conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado (Suplente Convocado). O Conselheiro Wilson Fernandes Guimarães presidiu o julgamento. Fez sustentação oral o Procurador da Fazenda Nacional Rodrigo Moreira Lopes.

(Assinado digitalmente)

WILSON FERNANDES GUIMARÃES - Presidente.

(Assinado digitalmente)

CARLOS AUGUSTO DE ANDRADE JENIER - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Valmar Fonsêca de Menezes (Presidente), Wilson Fernandes Guimarães, Valmir Sandri, Paulo Jakson da Silva Lucas, Edwal Casoni de Paula Fernandes Júnior, Carlos Augusto de Andrade Jenier e Luiz Tadeu Matosinho Machado (Suplente Convocado).

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a decisão exarada pela 4ª Turma da DRJ/SP1, que, apreciando as razões sustentadas pela contribuinte em sua específica impugnação oferecida aos termos do Auto de Infração contra si lavrado, entendeu pela procedência do lançamento, em aresto assim ementado:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2007, 2008, 2009

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. OPERAÇÕES SOCIETÁRIAS. SIMULAÇÃO. GLOSA.

A amortização de ágio apurado por meio de operações societárias simuladas é tributável. Lançamento mantido.

GANHO/PERDA CONTRATO DE "HEDGE".

Para que sejam consideradas dedutíveis as perdas com as operações de "hedge", são indispensáveis as apresentações dos documentos que deram origem às aplicações e que sejam demonstradas as devidas contabilizações nos livros contábeis.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA.

Em vista da prática de atos simulados, com evidente intuito de impedir ou ocultar a ocorrência do fato gerador de exações federais, está correta a aplicação da multa de 150%.

MULTA PUNITIVA 75%. TAXA SELIC.

Não cabe ao julgador administrativo afastar a aplicação de lei por suposto confronto com princípio constitucional. Esta competência é privativa do Poder Judiciário.

AUTO REFLEXO. CSLL.

O decidido quanto ao IRPJ aplica-se à tributação dele decorrente.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Regularmente intimada a contribuinte, por ela foi então interposto o seu competente Recurso Voluntário, que, pretendendo a reforma integral da decisão exarada, destacou em suas razões o seguinte:

- Da exclusão da amortização de ágio

A operação questionada pela fiscalização teria sido realizada com a estreita observância das disposições do art. 36 da Lei 10.636/2002, perfeitamente vigente à época da ocorrência dos respectivos fatos relativos às operações societárias originárias.

- Da validade do laudo de avaliação

Tendo sido o laudo apresentado formalizado pela empresa de auditoria independente (*Moore Stephens Auditores Independentes*) e não havendo nenhum apontamento específico a respeito da eventual invalidade do referido laudo, indevida, verifica-se, é a desconsideração de seus termos promovida pela r. decisão recorrida.

- Da inocorrência de simulação

As atos praticados em relação às operações de alterações societárias questionadas atentaram pela observância integral das disposições da legislação tributária e civil de regência, não se podendo, assim, de forma alguma presumir a simulação, da forma como então indevidamente efetivado.

- Da possibilidade de exclusão do lucro líquido das perdas a título de hedge

- O descabimento da multa qualificada no percentual de 150%

- Da impossibilidade da cobrança da multa no percentual de 75%

- Da impossibilidade da utilização da SELIC como taxa de juros moratórios

Em decorrência da interposição do Recurso Voluntário pela contribuinte, foram então apresentadas as Contra-razões pela Procuradoria da Fazenda Nacional, que, em suas considerações, destaca:

- A indedutibilidade do ágio;

Ágio fictício: ágio de si mesmo. despropósito negocial. ausência de substrato econômico. falta de pagamento do ágio.

- A indedutibilidade das despesas com hedge;

- A validade da cobrança da multa aplicada; e

- A legalidade da incidência da SELIC

É o que se tem a relatar. Passo ao meu voto.

Voto

Conselheiro CARLOS AUGUSTO DE ANDRADE JENIER

Sendo tempestivo o Recurso Voluntário, dele conheço.

Na análise das circunstâncias específicas dos presentes autos, verifico tratar-se a autuação de duas questões relevantes e distintas, quais sejam: i) a (in)validade da constituição de ágio por expectativa de rentabilidade futura (e, conseqüentemente, a invalidade de sua amortização) em relação às alterações societárias *intragrupos* por ela realizadas; e ii) indevida dedução de perdas da operação de *hedge*, sem a sua adequada contabilização.

Por se tratarem de dois capítulos distintos da autuação, aqui então serão assim devidamente enfrentados. Senão, vejamos:

Da discussão em torno da regularidade da constituição e utilização do “ágio” apontado

A primeira questão discutida nos autos, pelo que aqui se verifica, refere-se à análise da validade das operações desenvolvidas pelas empresas mencionadas, referente às alterações societárias realizadas e, a partir daí, a constituição de um “ágio”, que, então, pela contribuinte posteriormente foi amortizado na apuração do IRPJ e da CSLL devidos.

Para bem compreender a operação, destaco da decisão recorrida a indicação a respeito dos fatos apontados, que assim foram então apresentados:

1 - os sócios da LOGÍSTICA constituíram a ADMINISTRAÇÃO, conferindo quotas da primeira pelo valor patrimonial de R\$ 1.000.000,00 ao capital social da segunda;

2 - ato contínuo, a ADMINISTRAÇÃO ingressou como sócia na A&AMATHEUS CONSULTORIA EM INFORMÁTICA LTDA (adquirida), conferindo ao capital desta as mesmas quotas que recebera dos sócios (pessoas físicas) que a constituíram;

3 - em ato precedente, essas quotas foram reavaliadas passando a R\$ 74.051.000,00 e a denominação da A&AMATHEUS passou a ser INVESTIMENTOS, que registrou em seu ativo R\$ 9.710.501,44, sob a rubrica "Investimento na LOGÍSTICA", e R\$ 64.340.498,56, sob a rubrica "Ágio na aquisição de investimento", totalizando R\$ 74.051.000,00;

4 - por fim, a INVESTIMENTOS (ex-A&AMATHEUS) foi incorporada pela LOGÍSTICA;

(...)

6 - o negócio jurídico estruturou-se por via de alterações contratuais, envolvendo a criação da ADMINISTRAÇÃO (pelos sócios da LOGÍSTICA, com quotas desta - situação 1), que adquiriu a INVESTIMENTOS (situação 2), que foi incorporada pela

LOGÍSTICA (situação 3), tudo isso sem atividade ou finalidade econômica identificável;

7 - em resumo:

a) os sócios da LOGÍSTICA constituíram a ADMINISTRAÇÃO e, a partir desta, avaliaram a "situação econômica" daquela;

b) o resultado da avaliação deveria ser registrado na origem (LOGÍSTICA) e reconhecido na controladora (ADMINISTRAÇÃO), mas foi registrado diretamente nesta última, gerando o ágio de R\$ 64.340.498,56;

c) posteriormente, a ADMINISTRAÇÃO conferiu sua participação societária da LOGÍSTICA ao capital da A&AMATHEUS registrando nesta o ágio de R\$ 64.340.498,56, gerado na LOGÍSTICA;

d) a participação societária da ADMINISTRAÇÃO foi conferida ao capital da atual INVESTIMENTOS em 31 de dezembro de 2003;

e) passados seis meses, a LOGÍSTICA incorporou a INVESTIMENTOS que, até então, era a empresa que detinha a totalidade de suas quotas;

f) nessa incorporação reversa, a LOGÍSTICA registrou o ágio de R\$ 64.340.498,56, originado em laudo que havia avaliado a si mesma;

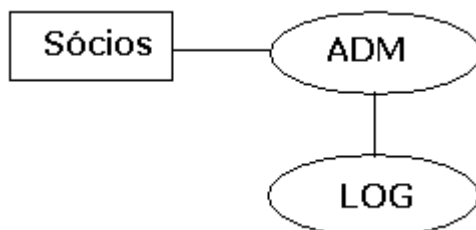
g) portanto, LOGÍSTICA utilizou o art. 36, da Lei nº 10.637, de 2002, para produzir documentos societários simulados nas três empresas do Grupo, para beneficiar-se da suspensão da carga tributária com a realização do ágio registrado; esta infração não tem reflexos de tributação de PIS e COFINS;

A partir dessas considerações, e, para fins meramente didáticos, visando esquematizar a operação da forma como aqui então descrita, temos:

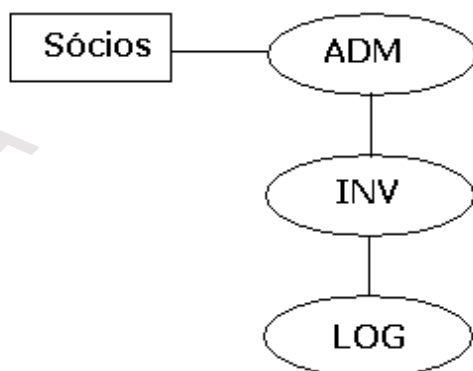
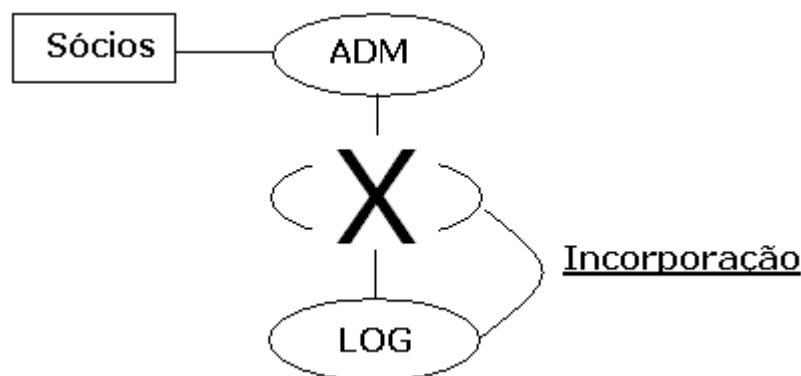
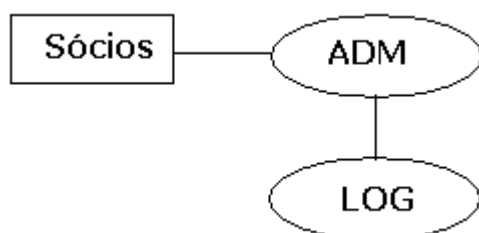
Situação Original:



Primeira Alteração:



Segunda Alteração:

**Terceira Alteração:****Situação final:**

A partir dessa apresentação esquemática, verifica-se que, apenas a título de registro, após as operações realizadas, a situação final descrita é exatamente idêntica àquela indicada como sendo a situação verificada após a primeira alteração societária mencionada, quando da criação da empresa denominada AGRENCO ADMINISTRADORA DE BENS S/A (ADM), sendo indubitoso, também, que toda a operação se realizou, exclusivamente, com a transferência das participações acionárias inicialmente mantidas pelos sócios junto à empresa AGRENCO DO BRASIL S/A (LOG), e, posteriormente, a reavaliação de seu valor ao valor de mercado, a partir da aplicação das disposições do então vigente art. 36 da Lei 10.637/2002 (atualmente revogado pela Lei 11.196/2005).

Pois bem.

Antes das considerações necessárias a respeito das circunstâncias aqui então apresentadas, é relevante destacar que, como já é de amplíssimo conhecimento, inúmeras são as discussões atualmente travadas no âmbito deste Egrégio Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, especificamente em torno dos critérios a serem considerados pelos agentes da Fiscalização Fazendária Federal a respeito dos requisitos em torno da validade das operações de alterações societárias (*cisão, fusão e/ou incorporação*) que, realizadas com a presença de *ágio* e/ou *deságio*, acabam gerando consequências tributárias efetivas e diretas, por força da aplicação das expressas disposições dos artigos 385 e 386 do RIR/99, que assim, inclusive – no que aqui especificamente nos interessa – assim destacam:

Art. 385. O contribuinte que avaliar investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição em (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20):

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

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

§ 1º O valor de patrimônio líquido e o ágio ou deságio serão registrados em subcontas distintas do custo de aquisição do investimento (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20, § 1º).

§ 2º O lançamento do ágio ou deságio deverá indicar, dentre os seguintes, seu fundamento econômico (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20, § 2º):

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

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

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

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

Art. 386. A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no artigo anterior (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, e Lei nº 9.718, de 1998, art. 10):

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

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

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

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

(...)

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

Apenas para fins de registro necessário, insta destacar que, em que pese a pretensão de amortização do ágio, nos presentes autos, circundar o debate próprio da constituição, e, também, dos requisitos para a sua amortização, conforme aqui apontado, não se pode perder de vista que a fundamentação própria para a dedutibilidade pretendida não foram apenas, aqui, as disposições dos art. 385 e 386 do RIR/99, mas também, e sobretudo, as disposições do art. 36 da Lei 10.637/2002, que, quando em vigor (atualmente revogado pelas disposições da Lei 11.196/2005), assim especificamente apontava:

Art. 36. Não será computada, na determinação do lucro real e da base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido da pessoa jurídica, a parcela correspondente à diferença entre o valor de integralização de capital, resultante da incorporação ao patrimônio de outra pessoa jurídica que efetuar a subscrição e integralização, e o valor dessa participação societária registrado na escrituração contábil desta mesma pessoa jurídica. (Revogado pela Lei nº 11.196, de 2005)

§1º O valor da diferença apurada será controlado na parte B do Livro de Apuração do Lucro Real (Lalur) e somente deverá ser computado na determinação do lucro real e da base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido: (Revogado pela Lei nº 11.196, de 2005)

I - na alienação, liquidação ou baixa, a qualquer título, da participação subscrita, proporcionalmente ao montante realizado; (Revogado pela Lei nº 11.196, de 2005)

II - proporcionalmente ao valor realizado, no período de apuração em que a pessoa jurídica para a qual a participação societária tenha sido transferida realizar o valor dessa participação, por alienação, liquidação, conferência de capital em outra pessoa jurídica, ou baixa a qualquer título. (Revogado pela Lei nº 11.196, de 2005)

§2º Não será considerada realização a eventual transferência da participação societária incorporada ao patrimônio de outra pessoa jurídica, em decorrência de fusão, cisão ou incorporação, observadas as condições do § 1o. (Revogado pela Lei nº 11.196, de 2005)

Por força do que autorizam essas disposições, verifica-se que, já há tempos, muito se tem debatido em torno dessa matéria, destacando-se, muitas vezes, o entendimento adotado pelos agentes fazendários no sentido de que, para a válida constituição do ágio – especificamente do ágio fundado na chamada “*expectativa de rentabilidade futura*”, de que tratam as disposições destacadas -, é necessário que o ato que lhe dá origem possua “*substrato econômico*” e “*objetivo negocial*”, sem o que, sustenta-se, não pode o registro do ágio ser admitido como verdadeiro, e, por isso, completamente inválido o seu aproveitamento pela respectiva contribuinte.

Em que pese o respeito necessário às vozes que sustentam a validade dessa exigência, aqui registro que, pela minha pessoal análise, tal exigência, da forma como estabelecida, não encontra guarida em nosso ordenamento jurídico pátrio, não podendo, somente por isso, ser fundamento válido suficiente para a desconsideração dos atos validamente praticados pelos contribuintes.

Tal afirmação, devo destacar, decorre, específica e exclusivamente, do fato de que, não existindo, nas respectivas disposições normativas de regência (aqui destacadas como sendo aquelas a que fazem referência as disposições dos Artigos 385 e 386 do RIR/99) qualquer exigência específica nesse sentido, a pretensão de sua configuração, necessariamente, deveria ser buscada a partir da adequada hermenêutica do sistema tributário nacional, tomando-se como apoio as conseqüentes regras aplicáveis extraídas do Código Tributário Nacional e de todo o arcabouço próprio das normas gerais em matéria tributária existentes em nosso sistema.

Da leitura do CTN, por certo, ineludíveis são as disposições do Art. 116, que, especificamente em seu parágrafo único - inserido pelas disposições da então Lei Complementar n. 104/2001 -, expressamente prevê a possibilidade de que “*A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária*”.

Ocorre, entretanto, que conforme se verifica da leitura daquele específico regimento, bem como, ainda, hoje perfeitamente assente em toda a doutrina e jurisprudência pátria, **a aplicação dessas disposições carece, ainda, de específica e própria regulamentação** – conforme, inclusive, por ela própria expressamente mencionado -, não se podendo hoje, portanto, de forma alguma admitir a sua invocação para a análise fazendária dos atos privados praticados pelos contribuintes.

Esse apontamento aqui se faz necessário, sobretudo porque, conforme temos verificado, por força da impossibilidade vitanda de fundamentação dos atos dos agentes da fiscalização fazendária naquele específico dispositivo normativo (Art. 116, par. Único do CTN) – ao menos até que então se providencie a sua adequada regulamentação legal -, inúmeros esforços interpretativos tem sido realizados com o objetivo de possibilitar o alcance daquelas disposições, sem, entretanto, necessariamente sequer a elas fazer qualquer menção direta.

Sendo ausente a possibilidade de invocação das disposições do art. 116, parágrafo único do CTN, a “*possibilidade*” de desconstituição da validade dos atos jurídicos praticados pelos agentes privados passa, então, necessariamente, pela verificação da aplicação das disposições do art. 149 do CTN, que, também sobre a matéria, assim então apresenta:

Art. 149. O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos:

I - quando a lei assim o determine;

II - quando a declaração não seja prestada, por quem de direito, no prazo e na forma da legislação tributária;

III - quando a pessoa legalmente obrigada, embora tenha prestado declaração nos termos do inciso anterior, deixe de atender, no prazo e na forma da legislação tributária, a pedido de esclarecimento formulado pela autoridade administrativa, recuse-se a prestá-lo ou não o preste satisfatoriamente, a juízo daquela autoridade;

IV - quando se comprove falsidade, erro ou omissão quanto a qualquer elemento definido na legislação tributária como sendo de declaração obrigatória;

V - quando se comprove omissão ou inexatidão, por parte da pessoa legalmente obrigada, no exercício da atividade a que se refere o artigo seguinte;

VI - quando se comprove ação ou omissão do sujeito passivo, ou de terceiro legalmente obrigado, que dê lugar à aplicação de penalidade pecuniária;

VII - quando se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação;

VIII - quando deva ser apreciado fato não conhecido ou não provado por ocasião do lançamento anterior;

IX - quando se comprove que, no lançamento anterior, ocorreu fraude ou falta funcional da autoridade que o efetuou, ou omissão, pela mesma autoridade, de ato ou formalidade especial.

Parágrafo único. A revisão do lançamento só pode ser iniciada enquanto não extinto o direito da Fazenda Pública.

(Destaques nossos)

A partir da leitura desses dispositivos, verifica-se que, apesar da existência da previsão normativa específica (art. 116, par. Único do CTN), a desconsideração dos atos privados, atualmente, ainda não pode, de forma alguma ser aplicada pelos agentes fazendários, somente restando, no caso, a desconstituição da validade dos atos civis realizados nos casos em que reste, então, devidamente comprovada a existência de *dolo, fraude ou simulação*, nos atos praticados, hipóteses essas que, ao contrário do que muitas vezes se pode acreditar, possuem expressa e específica previsão normativa no campo do Direito Privado Brasileiro, sendo, a seu respeito, inclusive, fundamental a adequada verificação das disposições da Lei 10.406/2002 (Código Civil), donde se destaca:

Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:

I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz;

II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto;

III - o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito;

IV - não revestir a forma prescrita em lei;

V - for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade;

VI - tiver por objetivo fraudar lei imperativa;

VII - a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.

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.

A partir da fixação desse entendimento, agora, retornando à matéria tratada nos presentes autos, verifica-se que, afastada a discussão relativa à suposta falta de substrato econômico para as referidas operações (por ausência de possibilidade jurídica para esse específico debate), verifica-se que, ao revés, das disposições apresentadas pelo Termo de Verificação Fiscal, extrai-se de fato, toda a preocupação dos agentes da fiscalização em

relação à específica configuração da hipótese de *simulação* nos caso presente, sendo, a esse respeito, inclusive, notáveis as considerações apresentadas às fls. 88, quando destaca:

Os atos societários que deram origem à irregularidade comentada neste item 2.4, foram relacionados a seguir, apresentados em demonstrativos elaborados em ordem cronológica de registros ocorridos na Junta Comercial. Dentre as informações apresentadas, pedimos especial atenção às datas de lavratura, comparadas às de registro na Junta Comercial, bem como, às datas de lavratura em relação às seqüências numéricas das alterações.

I – INLOGS LOGÍSTICA LTDA
(atual Agreco do Brasil S/A - fiscalizada)

Instrumentos	Data-Base	Data Lavratura	Reg. Junta Coml.
19ª Alteração Contratual	-	09/Jan/2004	28/Jan/2004
Laudo de Avaliação da Empresa	30/Nov/2003	22/Dez/2003	20/Mai/2004
20ª Alteração Contratual	-	29/Dez/2003	20/Mai/2004
21ª Alteração Contratual	-	30/Dez/2003	20/Mai/2004

As informações apresentadas no quadro demonstrativo acima apresentam situações inconsistentes.

A 19ª alteração da LOGÍSTICA foi registrada na Junta Comercial dentro do prazo previsto em lei, que é de 30 (trinta) dias, para que tenha validade a partir da lavratura (art. 1.151, §1º, da Lei nº 10.406, de 10/1/2002).

Os documentos levados a registro na Junta Comercial após o prazo de 30 (trinta) dias somente produzirão efeitos a partir da data de sua concessão (art. 1.151, §2º, da Lei nº 10.406, de 10/1/2002).

Quanto à 20ª e à 21ª alterações ocorreram duas situações que cabem comentários.

A primeira refere-se às datas de registro das alterações na Junta Comercial. As alterações foram lavradas em 29 e 30 de dezembro de 2003, respectivamente, e foram registradas na Junta Comercial em 20 de maio de 2004. Não foi observado o prazo de 30 (trinta) dias para registro - ocorreu um atraso de 4 (quatro) meses aproximadamente.

A segunda refere-se às datas de lavratura das alterações. A 20ª e a 21ª alterações foram lavradas em 29 e 30 de dezembro de 2003, respectivamente, sendo que a 19ª alteração, ou seja, aquela que lhes antecedeu em numeração, havia sido lavrada em 9 de janeiro de 2004. Lógico seria que a 20ª e a 21ª alterações fossem lavradas em datas posteriores a 9 de janeiro de 2004.

Para que possamos avaliar a amplitude das inconsistências citadas anteriormente, faz-se necessário tomarmos conhecimento do conteúdo das 20ª e 21ª alterações.

Na 20ª alteração contratual da LOGÍSTICA ocorreram os seguintes fatos: 1) cessão e transferência de 1.000.000 (um milhão) de quotas, pertencentes às pessoas físicas citadas no subitem 2.4.2, únicos sócios da LOGÍSTICA, à ADMINISTRAÇÃO, representada por seu diretor Francisco Carlos Ramos; 2) ingresso na empresa, com o capital representado por 1 (uma) quota, do sócio Francisco Carlos Ramos. Após as alterações o quadro societário da LOGÍSTICA ficou composto pela ADMINISTRAÇÃO, com 1.000.000 (um milhão) de quotas, e Francisco Carlos Ramos, com 1 (uma) quota.

Na 21ª alteração contratual da LOGÍSTICA ocorreu o seguinte fato: 1) cessão e transferência da totalidade das quotas da empresa, pertencentes a ADMINISTRAÇÃO, representada por seu diretor Francisco Carlos Ramos, para a INVESTIMENTOS, representada por seu diretor Francisco Carlos Ramos. Após a alteração o quadro societário da empresa LOGÍSTICA ficou composto pela INVESTIMENTOS, com 1.000.000 (um milhão) de quotas, e por Francisco Carlos Ramos, com 1 (uma) quota.

A conferência das quotas da LOGÍSTICA para constituição da ADMINISTRAÇÃO, em 29 de dezembro de 2003 (20ª alteração), e, um dia após esta situação, a conferência das quotas da LOGÍSTICA para que a ADMINISTRAÇÃO ingressasse no quadro societário da INVESTIMENTOS, em 30 de dezembro de 2003 (21ª alteração), associadas à manipulação das datas de lavratura das referidas alterações

(em confronto com as datas de registro), nos fazem crer que estas não passam de atos simulados pela empresa fiscalizada, objetivando apenas, como veremos a seguir, os benefícios estabelecidos na legislação citada no subitem 2.4.4.

Por fim, a LOGÍSTICA incorporou a INVESTIMENTOS, fato este descrito e comentado no 'item III', e na sequência deste Termo.

II – INLOGS ADMINISTRAÇÃO DE BENS S/A
(atual Agrenco Administração de Bens S/A)

Instrumentos/Livros	Data-Base	Data Lavratura	Reg. Junta Coml.
Estatuto Social Constituição	-	29/Dez/2003	24/Mar/2004
Ata de Constituição	-	29/Dez/2003	24/Mar/2004
Laudo de Avaliação da LOGÍSTICA	30/Nov/2003	22/Dez/2003	20/Mai/2004
Livro Registro de Ações Nominativas	-	16/Set/2004	06/Out/2004
Livro Reg. de Transferência de Ações Nominativas	-	16/Set/2004	06/Out/2004
AGE – Aumento de Capital	-	30/Set/2004	17/Dez/2004
Ata Reunião Acionista	-	30/Abr/2004	22/Dez/2004

(Grifos e destaques nossos)

Da leitura dessas disposições, verifica-se que, em que pese mencionar a suposta aplicação das disposições do aqui atacado art. 116, par. único do CTN, todo o trabalho desenvolvido pelos agentes da fiscalização, de fato, teve como específico objetivo a demonstração dos critérios próprios da configuração da “simulação”, na operação analisada, sobretudo em face da verificação das divergências temporais entre os documentos então apontados.

A contribuinte-recorrente, em suas razões, a respeito dessas ditas “divergências”, aponta a impossibilidade de utilização desse fundamento para a suposta decretação da nulidade dos atos por ela praticados, querendo fazer tratar-se de mera exigência de formalidade, sem, entretanto, sequer fazer prova de suas alegações a respeito da responsabilidade exclusiva da Junta Comercial no apontado atraso.

Não fosse já por isso, é relevante ainda destacar que, em relação à “prova” do ágio (o laudo de avaliação), também aqui melhor sorte não assiste à recorrente, uma vez que, conforme se verifica, em que pese todas as operações apontadas, o laudo comprobatório da rentabilidade futura apontada não se refere às empresa adquirida (A&AMATHEUS CONSULTORIA EM INFORMÁTICA LTDA), ou mesmo desta mesma empresa quando da incorporação ulteriormente realizada (agora sob o nome de INLOGS INVESTIMENTOS LTDA.), mas sim, à própria INLOGS LOGÍSTICA LTDA., antiga denominação da AGRENCO DO BRASIL S/A (ora recorrente).

A respeito desse específico ponto, destaque-se aqui as informações contidas no Termo de Verificação Fiscal:

O laudo de avaliação da LOGÍSTICA que serviu de base para a ADMINISTRAÇÃO capitalizar na INVESTIMENTOS foi lavrado em 22 de dezembro de 2003, pela empresa

Moore Stephèns Jung Yamasaki Auditores S/S, com data-base de 30 de novembro de 2003. A LOGÍSTICA foi estimada em R\$ 74.051.000,00 (setenta e quatro milhões e cinquenta e um mil).

Destacamos algumas informações mencionadas pela empresa avaliadora na elaboração do laudo de avaliação da LOGÍSTICA (in verbis):

pág. 2 - Introdução - item 1.1 Objetivo Geral - "O objetivo que determinou a elaboração deste trabalho foi a necessidade (grifo nosso) de promover a avaliação econômico-financeira da empresa INLOGS LOGÍSTICA LTDA., tendo em vista um processo de reorganização de negócios (grifos nosso)de AGRENCO GROUP ..."

pág. 7 - item 2.3.1 Avaliação com Base em Fluxo de Caixa Descontado (grifos nosso), 2º parágrafo, 4ª linha - "Nesta metodologia o valor de uma empresa é medido pelo montante de recursos financeiros que, espera-se, sejam gerados no futuro pelo seu negócio ... (grifos nosso)"

pág. 8 - I o quadro - "Vantagens - Flexibilidade para simulação de cenários (grifos nosso) e avaliação dos seus reflexos" e "Desvantagens - Imprecisão das premissas (grifos nosso) afetadas por fatores externos"

pág. 17 - item 4.1 Fontes de Informações, 4o parágrafo - " Como em qualquer previsão de realizações futuras, os resultados aqui projetados não têm garantia de realização efetivamente como apresentados neste relatório (grifos nosso), uma vez que podem ocorrer eventos futuros que fogem completamente ao controle da administração da INLOGS e, ainda, eventos futuros previstos poderão não ocorrer (grifos nosso) em virtude de diversos fatores conjunturais e operacionais que podem ocasionar variações relevantes nas premissas utilizadas."

pág. 17 - item 4.2 Uso e Divulgação do Relatório - "Este relatório foi preparado para uso exclusivo da administração e sócios da INLOGS, para suportar a finalidade descrita na Introdução deste relatório e não deverá ser utilizado para qualquer outro fim (grifos nosso), uma vez que não seria apropriado para tanto. Adicionalmente, este relatório não deverá ser distribuído a terceiros sem a nossa prévia autorização por escrito."

pág. 18 - item 4.4 Premissas Financeiras e Operacionais - " Para o cálculo do valor presente dos fluxos de caixa utilizamos projeções financeiras e operacionais fornecidas pela administração INLOGS (grifos nosso)..."

pág. 25 - item 5 Conclusão - "Com base no objetivo e no escopo de nossos trabalhos, estimamos que o valor de mercado da INLOGS LOGÍSTICA LTDA., calculado através da metodologia do fluxo de caixa descontado a valor presente (grifos nosso), na data-base de 30 de novembro de 2003 é de R\$ 74.051 mil. Ressalte-se que o valor acima mencionado está fundamentado nas premissas utilizadas e descritas neste relatório, que caso não se verifiquem, poderão afetar significativamente esta estimativa (grifos nosso)."

Independentemente dos métodos e premissas utilizados pela empresa avaliadora, a simples leitura do laudo de avaliação denota bastante fragilidade em seu conteúdo, fato este refletindo, naturalmente, no resultado final do trabalho. O laudo de avaliação carece de pilares de sustentação.

Segundo a empresa avaliadora, o método utilizado, denominado "Avaliação com Base em Fluxo de Caixa Descontado", flexibiliza a simulação de cenários, ao mesmo tempo que adota premissas imprecisas. Esta flexibilidade na simulação de cenários nos leva a crer que a encomendante do laudo teria poderes de ingerência em tais cenários de forma a atender seu "planejamento", uma vez que, até mesmo as premissas carecem de fidedignidade.

Em várias ocasiões a empresa avaliadora utiliza-se de expressões que põem em dúvida suas próprias projeções e conclusões, como por exemplo: 1) "... espera-se, sejam gerados no futuro pelo seu negócio ..." (subitem 2.3.1, do laudo); 2) "... os resultados aqui projetados não têm garantia de realização efetivamente como apresentados neste relatório ..." (item 4.1, do laudo); 3) "... eventos futuros previstos poderão não ocorrer ..." (item 4.1, do laudo); 4) "... caso não se verifiquem, poderão afetar significativamente esta estimativa ..." (item 5, do laudo).

Na própria introdução consta que o laudo foi elaborado "... tendo em vista um processo de reorganização de negócios quando o que se constata é que este foi utilizado pela fiscalizada para simular as situações descritas no decorrer deste termo.

Da leitura dessas considerações, verifica-se que, de forma completamente indubitosa, o que consta dos autos, definitivamente, é que o *laudo de avaliação* (fls. 214 e seguintes) indicado pela contribuinte como “prova” que consubstancia a *expectativa de rentabilidade futura*, nada mais é, senão, o laudo de avaliação da participação da empresa “LOGÍSTICA”, e não das empresas que teriam participado das alterações societárias apontadas, não podendo assim, de forma alguma, ser ele também utilizado como fundamento para a validade dos negócios registrados, e, ainda, muito menos dos efeitos tributários a eles então aqui anexados.

Destaque-se aqui esse ponto: O laudo que fundamenta as operações aqui apontadas não se refere, em momento algum, à “*expectativa de rentabilidade futura*” das empresas adquiridas e/ou incorporadas, mas sim, objetivamente, à avaliação econômico-financeira da empresa INLOGS LOGÍSTICA LTDA., que, denomina-se AGRENCO DO BRASIL S/A, e, no caso, é a própria contribuinte-recorrente, tratando-se, na verdade, em específica hipótese do chamado “*ágio de si mesmo*”, decorrente de operações simuladas, completamente inadmissíveis, portanto.

Diante dessas considerações, entendo, da análise dos elementos contidos nos presentes autos, que, ao contrário do que pretende fazer crer a contribuinte, a operação societária aqui apresentada, pelas razões fáticas apontadas, formou-se a partir de efetiva e indubitosa “*simulação*”, abrindo, assim, ensanchas para a sua desconsideração pelos agentes da fiscalização, da forma como então efetivado.

Não fosse por isso, destaco ainda que, mesmo se assim não fosse, mesmo que eventualmente não se verifica-se a presença dos requisitos próprios ensejadores da configuração da hipótese jurídica da “*simulação*”, nos termos apontados pelas disposições civis de regência, ainda assim, no campo próprio da possibilidade de amortização do ágio pretendido, verifico a ausência de requisito essencial que, no caso, seria a “prova” (Ex.: o “Laudo”) comprovando a expectativa de rentabilidade futura das empresas objeto das alterações societárias empreendidas, não se podendo, assim, também por isso, de forma alguma admitir como válida a constituição e a conseqüente amortização de ágio da nos termos em que pretendidos pela contribuinte.

Da indevida dedução de perdas da operação de hedge

Ultrapassada a questão relativa à constituição e o aproveitamento do ágio apontado, destaca-se ainda das discussões mantidas nos presentes autos, a indicação contida no lançamento efetivado relativa à suposta impossibilidade de dedução, pela contribuinte, das perdas por ela verificadas nas operações relacionadas com *hedge*.

Nesse ponto, o que chama a atenção é que a contribuinte (aqui, a recorrente), em suas razões, insiste em destacar o conceito da operação de *hedge*, a sua utilidade para a segurança das operações internacionais, e, ainda, diversos outros elementos relacionados ao instituto, sem, entretanto, em momento algum, tangenciar, especificamente, a discussão travada nos presentes autos.

Ora, conforme apontam as disposições da r. decisão recorrida:

10. Durante os trabalhos de auditoria, a Impugnante já não atendeu ao solicitado pela fiscalização, pois, somente apresentou uma relação contendo os valores e os titulares dos contratos (fls. 70), não apresentando os contratos.

11. Agora com sua impugnação diz que: “A fiscalização relatou no termo de Constatação, que não teria sido comprovado, por intermédio de linguagem contábil, os registros das perdas de hedge. Para que não parem dúvidas a Impugnante anexa à presente cópia do seu razão analítico (doc. 07) comprovando sua regular escrituração contábil, bem como cópia da DIPJ/2008, ano-calendário 2007, (doc. 08) contemplando o valor da exclusão das perdas e derivativos.”

12. Porém, a Impugnante simplesmente anexa cópias do livro razão, onde estão registradas as contas relacionadas com receitas e despesas financeiras, não fazendo qualquer cruzamento entre os valores contabilizados com os valores das perdas que totalizaram a quantia de R\$ 284.258.940,00 e, que foi excluída do lucro líquido para apuração do lucro real. Não foram apresentados os contratos relacionados com as operações de hedge, nem os documentos provando que as perdas foram realmente incorridas e liquidadas.

13. Cabe também destacar que, se as perdas são reconhecidas pelo regime de caixa, qual é a razão de serem excluídas no LALUR, já que deveriam estar contabilizadas e refletidas na apuração do lucro líquido.

14. Consequentemente, a Impugnante não logrou comprovar com documentos hábeis e idôneos a validade da exclusão de possíveis perdas com operações de hedge no valor total de R\$ 284.258.940,00. O fato da empresa de auditoria externa KPMG ter atestado em seu relatório que estas operações não tinham o cunho especulativo, não valida tais operações para efeito de apuração do IRPJ e da CSLL.

Da análise dessas disposições, verifica-se que o que aqui se discute não é, absolutamente, a validade do reflexo patrimonial dos ganhos e perdas em operações de *hedge* e a sua utilização na apuração dos resultados da empresa para fins de verificação da incidência tributária, mas sim, no caso, a completa inexistência de prova/demonstração dos fundamentos

fáticos que sustentariam, no caso, os lançamentos efetivados no LALUR, relativos da exclusão de perdas no valor de R\$ 284.258.940,00, indicados pela contribuinte em sua escrita fiscal.

A questão, destaque-se, cinge-se à inexistência de prova. Prova essa que, efetivamente, não logrou êxito a contribuinte em apresentar.

Apenas a título de destaque, para essa prova não se faz suficiente a simples juntada dos livros fiscais da contribuinte, mas sim, deve-se, a partir dos registros e/ou documentos ali então especificamente referenciados, apresentar-se os instrumentos que, de alguma forma, teriam subsidiado a atividade do lançamento efetivado pela contribuinte, sem o que, de fato, o registro carece, portanto, de válida sustentabilidade, não podendo aqui, então, de forma alguma ser admitido.

Das multas e dos juros

Analisadas as questões centrais discutidas nesses autos, verifica-se ainda a insurgência da recorrente no que diz respeito à imputação dos consectários, destacando-se, já de antemão, a sua oposição à aplicação da penalidade pecuniária no importe de 150% (Cento e cinquenta por cento).

Na análise aqui então efetivada, verifica-se a confirmação da configuração de evidente “simulação”, hipótese essa que, sem dúvida alguma, atrai a aplicação da qualificação da multa de que tratam as disposições do art. 44 da Lei 9.430/96, que, certamente, assim então especificamente dispõe:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata; (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

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

a) na forma do art. 8o da Lei no 7.713, de 22 de dezembro de 1988, que deixar de ser efetuado, ainda que não tenha sido apurado imposto a pagar na declaração de ajuste, no caso de pessoa física; (Incluída pela Lei nº 11.488, de 2007)

b) na forma do art. 2o desta Lei, que deixar de ser efetuado, ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente, no caso de pessoa jurídica. (Incluída pela Lei nº 11.488, de 2007)

§ 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei no 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis. (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

I - (revogado); (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

II - (revogado); (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

III - (revogado); (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

IV - (revogado); (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

V - (revogado pela Lei nº 9.716, de 26 de novembro de 1998). (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

§ 2º Os percentuais de multa a que se referem o inciso I do caput e o § 1º deste artigo serão aumentados de metade, nos casos de não atendimento pelo sujeito passivo, no prazo marcado, de intimação para: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

I - prestar esclarecimentos; (Renumerado da alínea "a", pela Lei nº 11.488, de 2007)

II - apresentar os arquivos ou sistemas de que tratam os arts. 11 a 13 da Lei nº 8.218, de 29 de agosto de 1991; (Renumerado da alínea "b", com nova redação pela Lei nº 11.488, de 2007)

III - apresentar a documentação técnica de que trata o art. 38 desta Lei. (Renumerado da alínea "c", com nova redação pela Lei nº 11.488, de 2007)

§ 3º Aplicam-se às multas de que trata este artigo as reduções previstas no art. 6º da Lei nº 8.218, de 29 de agosto de 1991, e no art. 60 da Lei nº 8.383, de 30 de dezembro de 1991. (Vide Decreto nº 7.212, de 2010)

§ 4º As disposições deste artigo aplicam-se, inclusive, aos contribuintes que derem causa a ressarcimento indevido de tributo ou contribuição decorrente de qualquer incentivo ou benefício fiscal.

§ 5º Aplica-se também, no caso de que seja comprovadamente constatado dolo ou má-fé do contribuinte, a multa de que trata o inciso I do caput sobre: (Incluído pela Lei nº 12.249, de 2010)

I - a parcela do imposto a restituir informado pelo contribuinte pessoa física, na Declaração de Ajuste Anual, que deixar de ser restituída por infração à legislação tributária; e (Incluído pela Lei nº 12.249, de 2010)

II - (VETADO). (Incluído pela Lei nº 12.249, de 2010)

A par de todas as considerações apresentadas, verifica-se que, de fato, das disposições do dispositivo apontado, a possibilidade jurídica de aplicação da hipótese qualificadora da multa aplicada somente seria possível acaso configuradas as circunstâncias próprias dos arts. 71, 72 e/ou 73 da Lei 4.502/64, que, por sua vez, assim especificamente se apresentam:

Art . 71. Sonegação é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária:

I - da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais;

II - das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.

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

Art . 73. Conluio é o ajuste doloso entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas, visando qualquer dos efeitos referidos nos arts. 71 e 72.

No caso aqui analisado, conforme já se assentou, restou pois configurada a atuação fraudulenta e dolosa da contribuinte, simulando os fatos apontados com o objetivo único e exclusivo de reduzir o montante do tributo devido, o que, como se verifica, atrai as disposições aqui destacada e impõe, por consequência, a manutenção da penalidade qualificada, da forma como aplicada.

No que tange à oposição da contribuinte também quanto à aplicação da penalidade de 75% (setenta e cinco por cento), *ad argumentandum tantum*, ausente também qualquer possibilidade de acolhimento, uma vez que, não fosse regularidade da imputação qualificada, nos termos aqui antes apontados, o percentual de 75% seria ainda a hipótese de multa aplicada à hipótese, o que, de certo, restou já aglutinada pelas considerações antes apresentadas.

Por fim, quanto à utilização da taxa SELIC como índice de juros moratórios, hoje, não mais resta dúvidas quanto ao seu cabimento, valendo aqui destacar, inclusive, as expressas disposições da Súmula CARF nº 04, que aponta:

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

Em face dessas considerações, rejeito também os argumentos da contribuinte no que tange à validade da cobrança dos juros devidos e da penalidade pecuniária aplicada.

Conclusão

Em face de todas essas considerações, encaminho o meu voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, mantendo, assim, integralmente a r. decisão recorrida, e, por consequência, o lançamento efetivado.

É como voto.

(Assinado digitalmente)

CARLOS AUGUSTO DE ANDRADE JENIER - Relator