



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

Processo n° 10830.016265/2010-91
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1202-000.878 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 03 de outubro de 2012
Matéria AUTO DE INFRAÇÃO
Recorrente SOTREQ SA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2005, 2006, 2007

DEMONSTRATIVO FUNDAMENTADO DO ÁGIO. NÃO APRESENTAÇÃO. EXIGÊNCIA LEGAL. GLOSA DAS DESPESAS DE AMORTIZAÇÃO.

O valor do ágio, cujo fundamento econômico seja o valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base na previsão dos resultados nos exercícios futuros, deverá ser demonstrado em documento que indique de forma clara e consistente a avaliação da empresa a valor presente, justificando o valor do ágio na aquisição de participação societária. O demonstrativo deverá ser arquivado pelo contribuinte como comprovante da escrituração do ágio.

Não apresentado o respectivo demonstrativo, como exige a lei, justifica-se a glosa das despesas de amortização do ágio registradas pela autuada.

COMPENSAÇÃO DE PREJUÍZOS E DA BASE DE CÁLCULO NEGATIVA DA CSLL. INCORPORAÇÃO “ÀS AVESSAS”. GLOSA DA COMPENSAÇÃO. IMPROCEDÊNCIA.

Na hipótese de não ter sido caracterizada a operação como simulada, é lícita a denominada "incorporação às avessas" para compensação de prejuízos fiscais da incorporadora, quando realizada entre empresas operativas, sob controle comum e tendo por objetivo a melhor eficiência financeira na operação.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso voluntário para admitir a compensação de prejuízos fiscais, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado. A conselheira Viviane Vidal Wagner acompanhou o relator pelas suas conclusões.

(documento assinado digitalmente)

Nelson Lósso Filho - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Carlos Alberto Donassolo – Relator.

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros Nelson Lósso Filho, Orlando José Gonçalves Bueno, Carlos Alberto Donassolo, Nereida de Miranda Finamore Horta, Geraldo Valentim Neto e Viviane Vidal Wagner.

Relatório

Trata-se do exame dos Autos de Infração do IRPJ e da CSLL, relativamente aos anos-calendário de 2005, 2006 e 2007 com aplicação da multa de ofício, no percentual de 75%, e dos juros de mora com base na taxa Selic, fls. 1845 e ss.

A autoridade fiscal teria identificado a ocorrência de duas infrações tributárias:

- 1- Glosa das despesas de amortização de ágio por desatendimento aos preceitos legais: i) inexistência de fundamento econômico com base em “laudo de avaliação”; ii) falta de demonstração matemática dos valores do ágio apurado; e iii) não comprovação do pagamento integral do ágio apurado;
- 2- Glosa da compensação de prejuízos compensados indevidamente em razão do evento de “incorporação” da empresa superavitária (com lucros), por empresa deficitária (com prejuízos a compensar), visando contornar a vedação legal prevista no art. 514 do RIR/99;

A dedução da amortização do ágio ocorreu a partir de julho de 2001, em razão do evento de incorporação às avessas, ocorrido em 30/06/2001. No entanto, o lançamento fiscal, efetuado em 2010, somente ocorreu em relação aos anos de 2005, 2006, 2007, face ao transcurso do prazo decadencial para os períodos anteriores (fls. 101 e 1847).

Na sequência, por bem retratar os fatos ocorridos, transcrevo, na parte que interessa, o Termo de Constatação Fiscal, de fls. 1802 e ss., o qual passo a adotar:

“5. Apresentamos a seguir as empresas envolvidas nas operações:

CNPJ 61.064.689/0001-02 - Até 30/06/2001 a Razão Social era LION S.A.
Após incorporação da SOTREQ, CNPJ 33.081.712, ocorrida em 30/06/2001, a razão

social passou a ser SOTREQ S.A, ora em fiscalização. Antes da incorporação era uma empresa deficitária, inclusive com Patrimônio Líquido negativo.

CNPJ 33.081.712/0001-31 - Até 30/06/2001 a Razão Social era SOTREQ S.A. Após a incorporação pelo CNPJ 61.064.689, ocorrida em 30/06/2001, foi extinta. Antes da incorporação era uma empresa superavitária.

CNPJ 01.352.859/0001-22 - Até 31/12/2002 a Razão Social era NOIL PARTICIPAÇÕES E COMÉRCIO S.A. Após incorporação pelo CNPJ 61.064.689, ocorrida em 31/12/2002, foi extinta. Era a sociedade controladora da LION.

CNPJ 34.151.100/0001-30 - A Razão Social era CABO EMPREENDIMENTOS S.A. Em 31/12/2002 ocorreu cisão parcial, seguida de incorporação do patrimônio cindido pela NOIL, a qual foi incorporada pela fiscalizada CNPJ 61.064.689. Era a sociedade controladora da SOTREQ. Em 30/06/2009 a CABO incorporou a SOTREQ (CNPJ 61.064.689, fiscalizada), tendo alterado sua razão social para SOTREQ.

CACo - CATERPILLAR AMÉRICAS Co., empresa sediada nos Estados Unidos da América, que mantém contratos de distribuição de seus produtos com diversos representantes no Brasil, entre os quais a SOTREQ e a LION.

6. Segundo a resposta do contribuinte recebida em 26/04/2010, as operações foram efetuadas conforme o disposto a seguir.

"A fiscalizada é uma das empresas que representam, no Brasil, a Catterpillar América Co. ("CACo"), sociedade com sede nos Estados Unidos, e, nessa condição, segue modelo de estrutura societária sugerido, qual seja, que as empresas representantes da CACo sejam controladas por sociedades do tipo holding, e não diretamente por pessoas físicas ("PF"). A sociedade é sociedade controlada pela Cabo Empreendimentos S.A ("CABO")."

"Cabe apontar que o grupo CACo não mantém, no Brasil, somente um representante de seus negócios. Assim, outras empresas autorizadas pela CACo também podem desempenhar tais atividades, respeitando-se "limites territoriais de atuação". Essa era a situação da Noil Participações e Comércio S.A ("NOIL"), sociedade controladora da LION S.A ("LION"). Assim, a representação da CACo no Brasil, no passado, pode ser esquematizada a partir da figura abaixo:"

[desenho esquemático na pág. 1804]

"Até o ano de 1996, as dívidas que a LION possuía frente à CACo alcançavam o total de, aproximadamente US\$ 22.000.000,00. Diante disso, a CACo decide intervir na sociedade. Conseqüência dessa intervenção foi a aquisição de 84% das ações da NOIL e 33% das ações da LION, de forma que a estrutura anterior passou a ser a seguinte: "

[desenho esquemático na pág. 1804]

"Três anos depois, em 1999, as dívidas da NOIL ainda não haviam sido quitadas. Pelo contrário, essa sociedade, em conjunto com a LION, havia assumido dívidas ainda maiores, agora com terceiros (em sua maioria, instituições financeiras), atingindo o montante de R\$ 33.000.000,00. "

"Com isso, buscando recuperar seus negócios, a LION procurou a Fiscalizada, a fim de que ambas as empresas se associassem sob uma única

sociedade, somando sinergias, otimizando negócios e potencializando a exploração do mercado comum, uma vez que desenvolviam atividades idênticas."

"Assim, em 25.10.1999, chegou-se a celebrar um Contrato Preliminar de Intenções (doc. n.º 2), após a realização de longo estudo de condições econômico-financeiras e de mercado (doe. N.º 3). "

"A despeito disso, o Contrato Preliminar de Intenções acabou não gerando resultados (grifo da fiscalização). Diante desse cenário, a CACo decide retomar os negócios desenvolvidos pela NOIL, com base na Cláusula 21 do Contrato de Distribuição, passando a representação que por ela era detida a outra sociedade abrindo longa etapa de negociações com outras empresas, inclusive estrangeiras."

"Nesse processo, destacou-se a proposta apresentada pela representante Sul-africana da CACo, a Barlow Limited ("Barlow"), que chegou a celebrar com a LION um Memorando de Entendimentos (Memorandum of Understandings - "Memorando "), em 24.6.2000 (doc. n.º 4). "

"De acordo com as disposições desse Memorando, a Barlow pagaria o valor de US\$ 52.000.000,00 à LION/CACo pela totalidade de suas ações, e, conseqüentemente, passaria a deter seu controle e atividades no Brasil. "

"Entretanto, após novas negociações entre a CACo e a Fiscalizada (que, vale ressaltar, assim como a NOIL, era a representante da CACo no Brasil), decidiu-se, em 24.1.2001, que a representante brasileira deveria assumir as atividades antes desempenhadas pela LION, sendo essa decisão consubstanciada em um outro Memorando de Entendimentos (Memorandum of Understandings — "Segundo Memorando ") (doc. N.º 5). "

"De acordo com o Segundo Memorando, dentre outras obrigações, a Sotreq deveria:"

"(i) contribuir o valor de US\$ 25.000.000,00 na LION, passando a ser detentora de 50% de seu capital social. O pagamento seria dividido em duas parcelas: (a) a primeira, de US\$ 10.000.000,00, no momento da celebração de acordo definitivo; e (b) o valor restante, US\$ 15.000.000,00, até 31.3.2001. O referido pagamento seria destinado à quitação das dívidas acumuladas pela LION, tanto perante a CACo, quanto a instituições financeiras (dentre as quais, ABNAmro, Barclays e West LB);"

"(ii) adquirir a participação detida pela CACo na NOIL e na LION, pelo valor de US\$ 22.000.000,00, ao longo do período de sete anos, sendo que tal aquisição deveria se iniciar antes de 1.7.2004, pelo valor mínimo de US\$ 5.500.000,00;"

(iii).....

"(iv) otimizar a incorporação do patrimônio da LION ao seu próprio, concluída a aquisição da totalidade da participação societária, "(grifo da fiscalização)

"Concluída a etapa preliminar de negociações, passaram a ser realizados diversos estudos a respeito das condições econômico-financeiras, de mercado e de sinergias entre as sociedades objeto do contrato (LION e Fiscalizada) (doc. N.º 6). A partir disso, o negócio foi concluído, de forma que a Fiscalizada passou a deter a representação da CACo nos territórios que antes eram controlados pela LION. "

"Com a decisão tomada pela CACo de passar a representação de suas atividades para a Fiscalizada, que também era uma sociedade brasileira, foi necessário estabelecer uma reestruturação societária a fim de otimizar as sinergias e redesenhar a logística da Fiscalizada, para que o ramo detido pela LION pudesse ser incorporado de maneira eficiente, sem interferir de maneira negativa em suas operações (grifo da fiscalização). Afinal, vale lembrar, a LION era detentora de dívidas que alcançavam o montante de aproximadamente R\$ 33.000.000,00, contemplando, inclusive, Patrimônio Líquido negativo."

Em 21.3.2001 foi celebrado entre a CACo, CABO e a Fiscalizada, o Contrato de Compra e Venda de Ações ("Contrato ") a que se referia o Segundo Memorando (doc. N.º 8), estabelecendo, dentre outros, o seguinte:"

"(i) a Fiscalizada deveria contribuir o valor de US\$ 25.000.000,00 na LION, sendo por isso emitidas 26.346.542 ações ordinárias e 12.781.183 ações preferenciais da classe 4;"

(ii) como adiantamento ao futuro aumento de capital, na data da assinatura do contrato a Fiscalizada deveria pagar o valor de US\$ 1.000.000,00;"

(iii)

(iv) a Fiscalizada se comprometeria a adquirir a participação detida pela CACo na LION e a CABO se comprometeria a adquirir a participação detida pela CACo na NOIL, operações que, no total, atingiam o valor de US\$ 22.000.000,00 (sendo US\$ 12.000.000,00 relativos à primeira aquisição, e US\$ 10.000.000,00 pela segunda);"

(v)

(vi) o pagamento de US\$ 22.000.000,00 seria efetuado da seguinte forma: (a) a CABO deveria efetuar o pagamento à CACo em quatro parcelas anuais no valor de US\$ 2.500.000,00; e (b) a Fiscalizada deveria efetuar o pagamento à CACo em quatro parcelas anuais no valor de US\$ 3.000.000,00; sendo cada parcela representada e garantida por Nota Promissória Endossável com vencimento anual, sendo a primeira devida em 1.7.2004 e a última parcela devida em 1.7.2007 (docs. n.ºs 9 a 16); e "

(vii) as parte se comprometeriam a obter todas as aprovações necessárias e a praticar todos os atos necessários para efetivar a incorporação da Fiscalizada na LION até 31.12.2001."

"Assim, após o Contrato, a estrutura de representação da CACo no Brasil passou a ser a seguinte:"

"Quando do aporte de US\$ 25.000.000,00;"

[desenho esquemático na pág. 1806]

"Quando da aquisição da participação detida pela CACo na NOIL e LION;"

[desenho esquemático na pág. 1807]

"A partir dessa estrutura, começaram a ser tomadas as devidas providências para a concretização da Cláusula 3 do Contrato de Compra e Venda de Ações (incorporação da Fiscalizada na LION). "

"Para que a estrutura acima pudesse ser efetivamente concretizada, foi necessário realizar ajustes ao Contrato de Compra e Venda de Ações, de forma que, em 12.4.2001, foi celebrada a Primeira Alteração Contratual do Contrato de Compra e Venda de Ações (doe. n" 17), prevendo as condições pelas quais seriam adquiridas as participações originariamente detidas pela CACo. Não obstante, o Contrato de Compra e Venda de Ações ainda se mostrava incompleto para a concretização da Cláusula 3, de forma que foi necessária a celebração da Segunda Alteração Contratual do Contrato de Compra e Venda de Ações (doc. N° 18), em 16.2.2005 (decorridos quase 4 anos do Contrato de Compra e Venda de Ações — grifo e observação da fiscalização). "

"Nesse esteio, foram também elaborados demonstrativos de avaliação do ágio que seria gerado à Fiscalizada (doe. n" 19), realizadas auditorias legais (doc. n° 20), e solicitadas avaliações de auditores independentes (docs. n°s 21 e 22). "

"Concluídos os estudos e realizada a incorporação da Fiscalizada pela LION, que se deu justamente com (i) cisão parcial da CABO; (ii) incorporação da parte cindida da CABO na NOIL; e (iii) incorporação da NOIL na fiscalizada, com sua conseqüente extinção; a estrutura sob análise passou a ser a seguinte:

[desenho esquemático na pág. 1807]

"A Fiscalizada esclarece que a incorporação foi feita pela LION a fim de que os prejuízos por ela contabilizados não fossem perdidos (grifo da fiscalização), que oneraria ainda mais a operação, causando, conseqüentemente, aumento no valor de venda de suas ações. "

7. Conforme os documentos apresentados, os acionistas das holdings, antes das incorporações (março/2001), eram os seguintes:

- Acionistas da CABO (controladora da SOTREQ): Carl Vagn Orberg, Borge Kristian Orberg, Carl Alfred Orberg e Kathryn Orberg Beeck.

- Acionistas da NOIL (controladora da LION): CACo (empresa sediada nos EUA), Paulo Fernando Cavalcanti de Albuquerque, Russel Graham Glover e Edward Russel McKenny Jr.. Conforme verificado posteriormente, a LION EMPREENDIMENTOS S.A (LEMP), CNPJ 61.076.956/0001-61, também era acionista da NOIL.

- Acionistas da CACo: Não foram informados, apesar do contribuinte ser intimado a fazê-lo.

[...]

VII - DA COMPROVAÇÃO DOS PAGAMENTOS DO ÁGIO LION

[...]

35. Com relação aos pagamentos de **US\$ 12 milhões**, previstos para serem efetuados em 2004 a 2007, referentes à quitação da participação anteriormente detida pela CACo na LION, a fiscalização não contesta sua efetividade, tendo em

vista cópia de contratos de câmbio apresentados em 17/03/2010 e INSTRUMENTO PARTICULAR DE QUITAÇÃO celebrado em 20 de abril de 2006 (doc. 1 da resposta recebida em 02/08/2010).

36. Já com relação ao efetivo pagamento de **US\$ 25 milhões**, a fiscalizada não comprovou integralmente sua efetividade, conforme pode ser verificado na PLANILHA 4, em anexo, elaborada com base na planilha DEMONSTRATIVO DE LANÇAMENTOS da LION, apresentada pela fiscalizada em 13/09/2010, e documentos apresentados em 27/09/2010 e 12/11/2010, onde se observa o seguinte:

- Com relação aos pagamentos via bancos (R\$ 2.000.000,00, R\$ 92.900,00), equivalentes a US\$ 1 milhão, a fiscalizada não apresentou os extratos bancários da LION, apesar de intimada a fazê-lo. Apresentou apenas extrato da SOTREQ, a crédito, quando deveria ser a débito. De qualquer forma, a proprietária das ações era a NOIL, e a fiscalizada não apresentou os livros da NOIL, apesar de intimada a fazê-lo. (...)

- Com relação ao pagamento de R\$ 14.625.117,71, equivalentes a US\$ 6.844.081,48, a fiscalizada apresentou o extrato da CABO, mas não da LION. Observa-se no livro RAZÃO da CABO (cópia em anexo à resposta recebida em 18/06/2010), folha 1, como histórico, "vlr ref doc para SOTREQ nesta data".

- Com relação ao pagamento de R\$ 3.738.007,92, equivalente a US\$ 1.749.266,66 foi apresentado contrato 3100400032, onde se observa que quem contraiu o empréstimo foi a CABO, não a LION.

- Com relação ao pagamento de R\$ 2.136.900,00, equivalente a US\$ 1 milhão foi apresentado ctr 3100100086, onde se observa que a CABO assumiu a dívida da LION, porém, como contrapartida, a LION entregou à CABO, na mesma data, o valor assumido, conforme cláusula 3.1 do contrato, ou seja, para a LION, teria havido uma cessão de dívida para a CABO e uma saída de dinheiro na mesma data, para a CABO. Observamos também que esses lançamentos não foram encontrados no livro RAZÃO da CABO (cópia em anexo à resposta recebida em 18/06/2010).

- Com relação ao pagamento de R\$ 6.410.700,00, equivalente a US\$ 3 milhões, foi apresentado primeiro termo de aditamento, ctr 3100100088, onde se observa que a CABO assumiu a dívida da LION, porém, não consta a contrapartida no primeiro termo de aditamento, e a fiscalizada não apresentou o "Instrumento Particular", apesar de intimada a fazê-lo.

- No último lançamento, de 30/06/2001, (R\$ 21.251.489,65), equivalente a aproximadamente a US\$ 10 milhões, foi lançada a crédito de "CAPITAL A INTEGRALIZAR" e "Sotreq S.A" e a débito de "Outras contas a pagar" e "Transitória pagto a fornecedores". Tal lançamento abre apenas 2 (duas) possibilidades: Primeira - Os detentores dos créditos nas contas debitadas, seriam os integralizadores do capital (o que não foi o caso, pois a conta 2162009 - "Outras Contas a Pagar", apresentada na resposta recebida em 27/09/2010 (doe. n° 3) é composta de vários fornecedores, destacando-se a Cat Brasil, empresa nacional (não a CACo, sediada nos EUA), sendo que os subscritores do aumento de capital seriam a CACo e a NOIL). Segunda - Os integralizadores assumiriam as dívidas lançadas nas contas debitadas. Tal aumento de capital estava previsto na ata da assembléia geral da LION, realizada em 30 de março de 2001, cópia entregue em 23/08/2010 (doe. n° 17). Seria os (ii) 40% do aumento de R\$ 53.128.798,83, a ser integralizado até 30.6.2001. O aumento total do capital foi efetuado com a emissão de 26.346.542 ações ordinárias e 12.781.183 ações preferenciais da classe 4. Observa-se na ata de 29.6.2001 da LION (entregue em 08/10/09), item "e", que tais ações eram detidas

pela SOTREQ e foram extintas. Dessa forma, a integralização do capital teria sido efetuada pela SOTREQ, como previsto desde o início, ou seja, ela teria assumido as dívidas de "Outras contas a pagar" e "Transitória pagto a fornecedores". Dessa forma, **as dívidas, que eram da LION com a incorporação da SOTREQ, pela LION, ocorrida na mesma data teriam continuado com a LION, ou seja, não teria havido mudança em relação à situação antes da incorporação.** Observamos também que tais lançamentos não constam no livro RAZÃO da CABO, conforme cópia integral em anexo à resposta recebida em 18/06/2010. De qualquer forma, **não houve movimentação de numerários** nessa operação.

VIII - DA COMPROVAÇÃO DOS PAGAMENTOS DO ÁGIO NOIL

[...]

38. Com relação aos pagamentos acima relacionados, previstos para serem efetuados em 2004 a 2007, referente ao pagamento da participação anteriormente detida pela CACo na NOIL, **a fiscalização não contesta sua efetividade**, tendo em vista cópia de contratos de câmbio apresentados em 17/03/2010 e INSTRUMENTO PARTICULAR DE QUITAÇÃO celebrado em 20 de abril de 2006 (doe. 1 da resposta recebida em 02/08/2010).

IX - DOS LAUDOS DE RENTABILIDADE FUTURA:

[...]

53. Em suma, a fiscalizada foi intimada a apresentar o Laudo de avaliação econômico-financeira, o fundamento econômico e o demonstrativo de rentabilidade futura por 5 (cinco) vezes, em termos lavrados nas seguintes datas: 22/02/2010, 31/03/2010, 26/04/2010, 14/05/2010 e 05/07/2010. Em resposta recebida em 23/08/2010 a fiscalizada relacionou os documentos que, segundo ela, seriam os laudos, os quais, conforme o disposto nos itens anteriores, comprovou-se que não continham o demonstrativo de rentabilidade futura. Na mesma resposta a fiscalizada informou que **"não seriam necessários novos estudos para a concretização do negócio entre os grupos SOTREQ e LION"**. Dessa forma, **ficou comprovado que não foi elaborado, por 3 peritos ou por empresa especializada, o Laudo de Avaliação econômico-financeira, o fundamento econômico e o demonstrativo de rentabilidade futura em questão.**

X - DA GLOSA DAS DESPESAS DE AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO LION:

54. Resumindo, com relação ao ágio LION:

- Em todos os documentos apresentados, **não há qualquer demonstrativo de rentabilidade futura**, nem qualquer avaliação do valor de mercado de bens do ativo. Dessa forma, as ações da LION foram **adquiridas por fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas**. Tal afirmação é corroborada pelo fato de que, com a incorporação, a SOTREQ passou a deter a distribuição dos produtos da CACo **nos territórios anteriormente alocados à LION**. Isto posto, não sendo aplicável, no caso, a especial norma de dedutibilidade de ágio prevista no artigo 386, inciso III, §2º. do RIR/99, as despesas de amortização ficaram sujeitas à glosa, por não atenderem os requisitos previstos no art. 299 do mencionado regulamento.

"Art. 299. São operacionais as despesas não computadas nos custos, necessárias à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora (Lei nº 4.506, de 1964, art. 47)."

"§1º. São necessárias as despesas pagas ou incorridas para a realização das transações ou operações exigidas pela atividade da empresa."

"§2º. As despesas operacionais admitidas são as usuais ou normais no tipo de transações, operações ou atividades da empresa."

55. A **inexistência do Laudo de avaliação econômico-financeira, o fundamento econômico e o demonstrativo de rentabilidade futura já é por si só suficiente para a glosa da despesa de ágio**. Porém, a falta do demonstrativo matemático dos valores de ágio, bem como a comprovação apenas parcial dos pagamentos, **reforçam** essa glosa, como o disposto a seguir.

- A fiscalizada **não conseguiu demonstrar matematicamente os valores do ágio**, nem de R\$ 76.845.186,06 (constante no LAUDO DE AVALIAÇÃO), como de R\$ 79.345.197,83 (ágio amortizado).

- Com relação à efetividade dos pagamentos, a fiscalização não contesta os pagamentos referentes aos US\$ 12 milhões previstos para serem pagos em 2004 a 2007/referentes à participação anteriormente detida pela CACo na LION. Porém, entende que a fiscalizada **não comprovou integralmente** a efetividade do pagamento dos US\$ 25 milhões, previstos para 2001. Observou-se inclusive que **em parte desses supostos pagamentos, não houve movimentação de numerários, conforme já disposto no item VII e PLANILHA 4**.

XI - DA GLOSA DAS DESPESAS DE AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO NOIL:

56. Resumindo, com relação ao ágio NOIL:

- os documentos relacionados pela fiscalizada se referem apenas à LION, e não à NOIL. Dessa forma, **não há qualquer demonstrativo de rentabilidade futura da NOIL**. Isto posto, não sendo aplicável, no caso, a especial norma de dedutibilidade de ágio prevista no artigo 386, inciso III, §2º. do RIR/99, as despesas de amortização ficaram sujeitas à glosa, por não atenderem os requisitos previstos no art. 299 do mencionado regulamento.

[...]

XIII - DA GLOSA DAS COMPENSAÇÕES DE PREJUÍZO E BASES DE CÁLCULO NEGATIVAS DA CSLL

59. A LION S.A (CNPJ 61.064.689/0001-02), até março/2001, era uma empresa deficitária, com prejuízos acumulados. Segundo documento apresentado à CADE (doc. nº 7 da resposta apresentada em 26/04/2010), a LION era uma distribuidora autorizada do Grupo Caterpillar no Brasil, atuando especificamente nos estados do SP, MT, MS, RO, RR, AC e AM.

60. A SOTREQ (CNPJ 33.081.712/0001-31), até março/2001, era uma empresa superavitária, sem prejuízos acumulados. Segundo documento apresentado à CADE, a SOTREQ era uma distribuidora autorizada do Grupo Caterpillar no Brasil, atuando especificamente nos estados do RJ, ES, MG, GO, TO, PA e AP.

61. Seria lógico que a SOTREQ, empresa superavitária, incorporasse a LION, empresa deficitária. Toda a negociação foi pautada nesse princípio, com aportes de dinheiro e compra de ações da LION, pela SOTREQ.

[...]

64. O art. 514 do RIR/99 dispõe que "a pessoa jurídica sucessora por incorporação, fusão ou cisão não poderá compensar prejuízos fiscais da sucedida (Decreto-Lei nº 2.341, de 1987, art. 33)". Se a SOTREQ (empresa superavitária) incorporasse a LION (empresa deficitária), a SOTREQ não poderia compensar os prejuízos acumulados desta.

65. A própria fiscalizada reconhece esse fato na resposta recebida em 26/04/2010, item 22. *"A fiscalizada esclarece que a incorporação foi feita pela LION a fim de que os prejuízos por ela contabilizados não fossem perdidos, o que oneraria ainda mais a operação, causando, conseqüentemente, aumento no valor de venda de suas ações"*.

66. Dessa forma, unicamente para aproveitar os prejuízos da LION, nas apurações do IRPJ e da CSLL, ao invés da SOTREQ incorporar a LION, foi a LION que incorporou a SOTREQ, tendo alterado sua razão social para SOTREQ.

67. Essa fiscalização considera essa operação ilegal, pois o objetivo do negócio foi unicamente para recolher menos IRPJ e CSLL. O que vale são os fatos, e o que efetivamente ocorreu foi que a SOTREQ incorporou a LION e, portanto, não poderia compensar os prejuízos fiscais desta, nos termos do art. 514 do RIR/99. Observamos também que as atividades da incorporada extinta (antiga SOTREQ) continuaram plenamente funcionais nos moldes que já acontecia até aquele momento.

[...]

72. Considerando-se que efetivamente foi a SOTREQ que incorporou a LION, e considerando-se que a SOTREQ não possuía prejuízos fiscais nem bases de cálculo negativas de CSLL acumulados, ela não poderia compensar posteriormente, os prejuízos acumulados da LION.

73. Tendo a SOTREQ também incorporado a NOIL, em 31/12/2002, ela também não poderia compensar eventuais prejuízos acumulados e bases de cálculo negativa da CSLL da NOIL.

Irresignado com o lançamento fiscal, o contribuinte apresentou sua impugnação, de fls. 1861 e seguintes, onde em síntese, conclui, fls. 1866:

“Quanto à glosa da despesa com a amortização do ágio:

(I) trata-se de autuação em matéria de ágio totalmente distinta dos casos mais recentes examinados pelo CARF, uma vez que as empresas envolvidas eram empresas efetivamente existentes e operacionais, com contratos em vigor, empregados e ativos utilizados no desenvolvimento de suas atividades, não havendo 'empresa veículo' no caso em exame;

(II) o ágio é real, fruto de operação legítima de aquisição de participações societárias, detidas por terceiros, em empresa que atua no mesmo setor (LION) e na sua holding (NOIL), mediante o desembolso efetivo de recursos por parte da adquirente (SOTREQ) para pagamento do preço de compra;

(III) o evento que desencadeou o direito à amortização fiscal do ágio foi a incorporação da adquirente/controladora pela controlada LION, sendo a incorporação reversa nesse caso motivada por razões de negócio fartamente indicadas e sendo a incorporação reversa expressamente autorizada pelo art. 8o da Lei nº 9.532/97;

(IV) o lançamento do registro do ágio foi corretamente realizado na contabilidade da IMPUGNANTE em relação aos investimentos detidos na LION e na NOIL, na forma da lei;

(V) o ágio foi fundamentado com base em expectativa de rentabilidade futura de ambas as empresas (LION e NOIL), avaliadas conjuntamente em razão de a NOIL ter como único ativo participação no capital da LION, empresa operacional;

(VI) a expectativa de rentabilidade futura encontra-se amparada por mais de um demonstrativo apresentado à fiscalização que, não obstante, desconsiderou a apresentação dos mesmos por reputar que estes não revestem a forma que os autos de infração entendem adequada, ainda que não requerida por lei;

(VII) este último argumento, aliás, é o único fundamento para a glosa das despesas com amortização do ágio, fundamento este totalmente descabido uma vez que a lei tributária não exige a demonstração da expectativa de rentabilidade futura por laudo de 3 peritos, como pretendem os autos de infração.

Quanto à glosa da compensação de prejuízos fiscais e da base negativas da CSLL:

(VIII) os autos de infração reputam ilegal a incorporação da SOTREQ pela LION, por considerar que esta operação foi realizada exclusivamente para permitir a compensação de prejuízos fiscais e da base negativa da CSLL;

(IX) ignoram os autos de infração que a LION, conquanto deficitária no passado, sempre foi uma empresa ativa e operacional de grande importância e presença no mercado em que até hoje atua;

(X) ignoram ainda que os objetivos colimados com a aquisição das participações na LION e na NOIL foram desde sempre o de permitir a união dos negócios dessas sociedade com os da SOTREQ, por meio da incorporação desta pela primeira, visando a consolidação estratégica de suas posições no mercado brasileiro, a ampliação das atividades e maior sinergia nos negócios, com significativo aumento de faturamento e lucros crescentes dos antigos estabelecimentos LION, após a incorporação, conforme evidenciado no documento sob nº 09;

(XI) ignoram também que a operação não poderia ser realizada de outra forma, pois se pretendeu assegurar os benefícios fiscais da LION, de isenção do ISS e do IPTU, relevantes para o aumento da viabilidade financeira das operações;

(XII) ignoram, por fim, que a incorporação foi um negócio jurídico real e desejado pelas partes e não realizado apenas com o intuito de compensar prejuízos fiscais e base negativa da CSLL;

(XIII) a compensação desses valores pela IMPUGNANTE é consequência da reorganização de seus negócios e não vice e versa.

Na sequência, foi emitido o Acórdão nº 05-33.168 da DRJ/Campinas, mantendo integralmente os lançamentos fiscais e contendo o seguinte ementário:

Ágio. Contabilização. Prova. Dedutibilidade.

A regular contabilização do ágio pago na aquisição dos investimentos deve estar amparada em balanço patrimonial ou balancete de verificação das investidas levantados, com observância da legislação comercial e fiscal, na data da aquisição ou até dois meses ou 60 (sessenta) dias, no máximo, antes dessa data. Na ausência de apresentação da documentação hábil, considera-se não comprovado o ágio contabilizado na aquisição dos investimentos, configurando-se irregular as decorrentes despesas de amortização.

Ágio. Fundamento Econômico. Prova. Dedutibilidade.

No lançamento contábil do ágio deve estar indicado o fundamento econômico, e quando este for o valor de rentabilidade futura da investida, deve estar baseado em demonstração a ser arquivada como comprovante da escrituração. Na ausência de apresentação da prova hábil do fundamento econômico, in casu, da demonstração de rentabilidade futura das investidas, considera-se não comprovado o ágio contabilizado na aquisição dos investimentos, configurando-se irregular as decorrentes despesas de amortização.

Ágio. Pagamento. Prova.

Integra a comprovação da regularidade da contabilização do ágio a prova do pagamento ou do ônus assumido pela adquirente na aquisição de investimentos.

Entretanto, nas operações entre partes não relacionadas e não provada a ocorrência de simulação, a falta de apresentação da prova da efetividade da transferência de recursos, não é suficiente para desconstituir a força probatória da escrituração e dos documentos contratuais apresentados.

Desconsideração de Negócios Jurídicos.

A autoridade administrativa pode 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, ato administrativo a ser submetido ao contraditório e à ampla defesa garantidos pelo processo administrativo fiscal.

A autoridade administrativa está vinculada à realidade dos efeitos jurídicos dos negócios realizados pelas partes, e não à qualificação dada por elas aos seus atos negociais.

Comprovada a incorporação às avessas, em que uma empresa, gravemente deficitária, e com valor de mercado seis vezes menor, incorpora uma empresa lucrativa, assume a denominação social e a administração da incorporada, e não apresenta qualquer motivo extra-tributário para a realização da operação na forma como efetivada, deve ser a sua

desconsideração, para que sejam considerados os efeitos da operação de fato ocorrida.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Os principais fundamentos do acórdão recorrido podem ser assim sintetizados:

DA PROVA DO VALOR PATRIMONIAL DOS INVESTIMENTOS ADQUIRIDOS e DO FUNDAMENTO ECONÔMICO DO ÁGIO: RENTABILIDADE FUTURA DAS INVESTIDAS

1- apesar de reiteradamente intimada a demonstrar o cálculo do valor do ágio contabilizado pela SOTREQ e pela CABO na aquisição dos investimentos na LION e na NOIL, e de afirmar que o patrimônio líquido das investidas era negativo, a fiscalizada não apresentou à fiscalização o balanço patrimonial ou balancete de verificação da LION e a NOIL levantados, com observância da legislação comercial e fiscal, na data da aquisição ou até dois meses ou 60 (sessenta) dias, no máximo, antes dessa data (arts. 248, 385, 387, 391, 426 e 427 do RIR/99);

2- não podem ser encaradas como meras formalidades as disposições legais de que o desdobramento do custo de aquisição de investimentos relevantes, e a conseqüente escrituração do ágio, depende de apresentação da prova do valor patrimonial da empresa investida. Na verdade, trata-se de definir diretamente o valor patrimonial do investimento adquirido e, indiretamente, o valor do ágio na aquisição, o que se constitui em elemento essencial das operações;

3- o Laudo de Avaliação da SOTREQ (incorporada) e da CABO (cindida), nos quais constam os registros dos ágios não fazem prova da regularidade da determinação do valor contabilizado, principalmente quando a escrituração não se encontra respaldada em documentação hábil, nos termos da legislação de regência;

4- conforme expressamente consignado no art. 385 do RIR/99, no lançamento contábil do ágio deve estar indicado o fundamento econômico, e quando este for o valor de rentabilidade futura da investida, deve estar baseado em demonstração a ser arquivada como comprovante da escrituração. Apesar dos protestos da defesa, a exigência contida na norma não pode ser vista como uma mera formalidade, na medida em que se constitui em critério distintivo do fundamento econômico do pagamento do ágio. Na ausência de tal demonstração, o ágio contabilizado fica sem a necessária fundamentação econômica, capaz de viabilizar o enquadramento da situação fática no adequado tratamento normativo contábil e fiscal.

5- na ausência de demonstração da expectativa de rentabilidade futura dos investimentos, interpreta-se que o fundamento econômico do ágio é o fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas, com as conseqüências daí decorrentes, dentre elas a não sujeição à amortização (art. 386, III do RIR/99);

6- considerando a vigência tanto dos preceitos contidos no art. 386 como no art. 430 do RIR/99, foi corretamente aplicada ao caso a regra de dedutibilidade das despesas de amortização do ágio, previstas no primeiro dispositivo, tendo em conta que se trata de

dedutibilidade de ágio contabilizado na aquisição de investimentos, posteriormente extintos em função de incorporação ou cisão. Para a Impugnante, com o advento do art. 386 do RIR/99, teria sido introduzido um regime de dedução diferida e fracionada no tempo da perda de capital decorrente do ágio, diferente do regime geral de dedução plena e imediata da perda, previsto nos arts. 426 e 430 do RIR/99. Conforme já dito anteriormente, o art. 426 seria inaplicável, porque se refere à alienação ou liquidação de investimento, e não aos casos de incorporação e cisão. Da mesma forma, a norma do art. 430 do RIR/99 também não se aplicaria, porque apesar de se referir à extinção da participação societária, em decorrência de incorporação, fusão ou cisão, no art. 386 do RIR/99, há tratamento específico para os casos de extinção de participações societárias, em decorrência de incorporação, fusão ou cisão, quando adquiridas com ágio ou deságio;

7- apesar dos reiterados protestos da defesa, não foi apresentado qualquer documento que pudesse ser recebido como um **demonstrativo de rentabilidade futura** das empresas investidas LION e NOIL, que teria fundamentado a operação de aquisição de ações pela SOTREQ/CABO em março de 2001. Nenhum dos documentos apresentados pode ser recebido como a **demonstração da rentabilidade futura das investidas** requerida pela legislação, na medida em que todos os instrumentos se referem a operações posteriores ao evento da alienação das ações, ocorrido em março de 2001.

8- ainda durante o procedimento fiscal, a contribuinte foi alertada de que entre a documentação apresentada não estaria a demonstração de rentabilidade futura das investidas (LION/NOIL). A glosa da amortização do ágio não se funda, como quer fazer crer a Impugnante, no fato de haver sido apresentado um demonstrativo inadequado, mas de não haver sido apresentado qualquer demonstrativo de rentabilidade futura. Depois, de detida análise do procedimento fiscal e da documentação apresentada não resta dúvida de que apesar de reiteradamente intimada a contribuinte não apresentou a demonstração de rentabilidade futura da LION/NOIL, a fim de respaldar a escrituração do ágio na aquisição dos investimentos, pelo que procedente a glosa da amortização do ágio.

DA PROVA DO PREÇO DE AQUISIÇÃO DOS INVESTIMENTOS E DOS PAGAMENTOS CONTRATADOS

9- Além da divergência entre o valor do ágio constante dos demonstrativos das amortizações (R\$ 79.345.197,83) - fls. 101 e 229/230, e o valor do ágio contabilizado e constante do Laudo de Avaliação da SOTREQ - fls. 133 e ratificado na resposta dada à fiscalização às fls. 238 (R\$ 76.845.186,86), haveria, segundo a fiscalização, outras inconsistências probatórias relacionadas ao pagamento de parte do valor contabilizado (US\$ 25.000.000,00).

10- No contexto do procedimento de fiscalização em análise, que se refere a operações efetuadas entre partes não relacionadas, e em que não provada a ocorrência de simulação, a ausência de prova documental do efetivo ingresso dos recursos no patrimônio da LION, não é suficiente para afastar a força probatória dos instrumentos contratuais e contábeis apresentados, dentre os quais se destacam: o contrato de compra e venda de ações e as suas duas alterações posteriores, o instrumento particular de quitação, a alteração do contrato social em que formalizado aumento de capital ora contraditado, e por fim os próprios registros contábeis. Deve ser mantida a fundamentação de falta de comprovação dos pagamentos apenas em relação à divergência entre o valor do ágio constante dos demonstrativos das amortizações (R\$ 79.345.197,83) - fls. 101 e 229/230, e o valor do ágio contabilizado e constante do Laudo

de Avaliação da SOTREQ - fls. 133 e ratificado na resposta dada à fiscalização às fls. 238 (R\$ 76.845.186,86). Entretanto, a glosa da despesa de amortização do ágio se mantém integralmente com base nas fundamentações já anteriormente analisadas.

DA GLOSA DA COMPENSAÇÃO DE PREJUÍZOS FISCAIS E BASES DE CÁLCULO NEGATIVAS: INCORPORAÇÃO "ÀS AVESSAS"

11 - a operação de incorporação da SOTREQ pela LION **não foi caracterizada como simulada**. Entretanto, o procedimento fiscal se encontra amparado em Acórdão do Superior Tribunal de Justiça - STJ, prolatado no âmbito do Recurso Especial nº 946.707 (cópia juntada pela defesa às fls. 2042 e seguintes), em que a operação de incorporação da empresa superavitária pela deficitária, foi caracterizada como simulação, com base nos seguintes pressupostos fáticos:

1. a incorporadora possuía **patrimônio líquido** bem inferior ao da incorporada, acumulando **prejuízos fiscais**, inexistentes no patrimônio da incorporada;
2. a incorporadora assumiu a **denominação social** da incorporada, de forma que, no mundo dos negócios, a empresa incorporada e extinta teria continuado a operar;
3. os membros do **Conselho de Administração** da incorporadora teriam renunciado, tendo assumido os do Conselho da incorporada, restando da incorporadora, nada mais que o CGC;
4. ao tempo da incorporação, a incorporadora já havia, de fato, **encerrado suas atividades**, com a transferência de seu ativo imobilizado para outra empresa, subsistindo apenas juridicamente, tendo servido apenas de "fachada" para a operação, aspecto a denotar a inviabilidade econômica da operação;
5. a incorporação às avessas teria sido efetivada exclusivamente para serem aproveitados os prejuízos fiscais, cujo aproveitamento a Lei expressamente vedava.

Para concluir, o Ilmo. Ministro do STJ pela simulação da operação basicamente nos seguintes termos: "(...) **tanto em razão social, como em estabelecimento, em funcionários e em conselho de administração, a situação final - após a incorporação - manteve as condições e a organização anterior da incorporada, demonstrando-se claramente que, de fato, esta "absorveu" a deficitária e não o contrário, tendo-se formalizado o inverso apenas com o intuito de aproveitar os prejuízos fiscais da incorporadora, que não poderiam ter sido considerados caso tivesse sido ela a incorporada e não a incorporadora, restando evidenciada, portanto, a simulação**".

Conclui-se que a consideração da operação como ilícita seria decorrente do fato de não ter respaldo na realidade fática, o ato praticado pelo contribuinte, na medida em que a incorporação "às avessas" ou incorporação da superavitária pela deficitária, somente teria ocorrido no papel, devido à **existência apenas formal da incorporadora**.

12- apenas a sede da LION foi mantida em Sumaré/SP, conforme acima referido, mas o mais relevante que é a denominação social foi alterada. O único motivo **pertinente e relevante a justificar a incorporação da SOTREQ pela LION seria o fato desta**

última ser beneficiária de isenção de imposto sobre serviços (ISSQN) e do imposto predial e territorial urbano (IPTU) no Município de Sumaré/SP, benefício outorgado pelo prazo de 10 (dez) anos a contar de outubro de 1998, cuja manutenção era imprescindível para a maior rentabilidade do negócio.

13- a incorporação da deficitária pela superavitária fez-se *exclusivamente* por motivos fiscais, tanto no âmbito federal, para compensação dos prejuízos fiscais e bases de cálculo negativas da CSLL acumuladas pela deficitária, como municipal, para a manutenção dos benefícios fiscais concedidos. Considera-se assim passível de desconsideração pela autoridade tributária a operação de incorporação às avessas, efetuada com o único e exclusivo objetivo de redução da carga tributária.

Contra o acórdão da DRJ/Campinas, a empresa autuada apresentou seu recurso voluntário, mediante arazoado, de fls. , repisando praticamente as mesmas alegações da peça impugnatória.

A Procuradoria Geral da Fazenda Nacional apresentou contra-razões ao recurso voluntário. Aduz que o contribuinte não logrou apresentar demonstrativo de rentabilidade futura dos investimentos adquiridos, bem assim qualquer avaliação de mercado dos ativos das investidas. Ainda como fundamento de reforço à glosa, a autoridade fiscal indica a falta de demonstrativo matemático dos valores de ágio, bem assim comprovação apenas parcial dos pagamentos.

Prossegue, argumentando que, usualmente, a amortização do ágio ou deságio não é deduzida ou tributada. Via de regra, a dedução ou tributação dessa amortização no âmbito do IRPJ e da CSLL somente ocorrerá quando o investimento que lhe deu origem for alienado ou liquidado (arts. 391 e 426 do RIR/99), na apuração de eventual ganho ou perda de capital, quando então o ágio ou deságio é incluído (somado ou diminuído) no preço de aquisição do investimento que está sendo extinto.

Tal regra, todavia, não se aplica em certas hipóteses de incorporação, fusão ou cisão societária, quando a dedução da despesa com amortização do ágio na base de cálculo do IRPJ e da CSLL será admitida independentemente da alienação ou liquidação do investimento. Esse benefício fiscal é concedido expressamente pelo artigo 386 do RIR/99, o qual repete o conteúdo dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997.

Tal dedução, contudo, na qualidade de benesse tributária, para ser autorizada deverá envolver a situação literalmente prevista no artigo 386 do RIR/99, assim como observar estritamente as condições lá estipuladas, sob pena de ser considerada indevida.

Entre as condições e requisitos previstos, deve a pessoa jurídica ter efetivamente suportado o ágio por ele registrado, ou seja, o ágio deve existir, deve ter propósito comercial e substrato econômico a justificar a sua origem; deve também esse ágio ter como fundamento econômico a rentabilidade futura da controlada e o laudo, que atesta esse fundamento econômico, deve estar arquivado como comprovante da escrituração do ágio.

Além disso, o laudo deve anteceder o pagamento do ágio. Se a lei exige que o ágio pago seja fundamentado em documento escrito, o qual deve ser, inclusive, registrado na escrituração da empresa, por certo que esse documento deve ser elaborado antes do pagamento do ágio, nunca depois. Pensar em sentido contrário, além de ser um disparate hermenêutico, implicaria na permissão de inimagináveis situações de fraude.

De acordo com os elementos dos autos, conclui-se que o ágio registrado pela contribuinte com a aquisição das participações societárias na LION e NOIL não é dedutível para fins de apuração da base de cálculo do IRPJ e da CSLL, nos termos do artigo 386 do RIR/99, simplesmente porquê não observa as condições e requisitos impostos pela legislação para o gozo do aludido benefício fiscal.

Em relação à glosa de prejuízos fiscais, menciona que deve-se negar a produção de efeitos relativos à incorporação porque esta apresentou a finalidade exclusiva de, ao arrepio da lei, possibilitar a compensação de prejuízos de empresa deficitária por empresa operacional, em burla ao art. 514 do RIR/99. Transcreve jurisprudência administrativa em apoio aos seus argumentos.

Ao final, a PGFN requer seja negado provimento ao recurso voluntário.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Carlos Alberto Donassolo, Relator

O recurso voluntário é tempestivo e nos termos da lei. Portanto, dele tomo conhecimento.

Como já mencionado no relatório deste acórdão, a matéria em litígio versa sobre duas infrações tributárias:

a) Glosa das despesas de amortização de ágio no evento de incorporação, relativo a aquisição de participações societárias nas empresas LION e NOIL, por desatendimento aos preceitos legais: i) inexistência de fundamento econômico com base em “valor da rentabilidade da controlada ou coligada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros”; ii) falta de demonstração matemática dos valores do ágio apurado; e iii) não comprovação do pagamento integral do ágio;

b) Glosa da compensação integral de prejuízos utilizados indevidamente em razão do evento de “incorporação” da empresa superavitária (com lucros) SOTREQ, por empresa deficitária (com prejuízos a compensar) LION;

Saliente-se que a dedução da amortização do ágio ocorreu a partir de 2001, data do evento de incorporação (junho/2001). No entanto, o lançamento fiscal, efetuado em 2010, somente ocorreu em relação aos anos de 2005, 2006, 2007, face ao transcurso do prazo decadencial para os períodos anteriores.

O acórdão recorrido manteve integralmente a autuação por entender que a autuada não teria apresentado o laudo de avaliação com o “*valor da rentabilidade da controlada ou coligada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros*”, como exige a lei, além de deixar de apresentar o demonstrativo do cálculo do valor do ágio que está sendo amortizado. Já a comprovação do pagamento do suposto ágio apurado, foi considerado válido pelo mesmo acórdão.

Quanto à glosa da compensação de prejuízos fiscais efetuado às “avessas”, pela incorporação de empresa com lucros por empresa com prejuízos, com o objetivo de se beneficiar do aproveitamento integral dos prejuízos, o acórdão da DRJ entendeu que esse tipo de operação foi repelida em julgamento de caso idêntico no Superior Tribunal de Justiça. Além disso, embasou sua decisão no fato de que a incorporação perpetrada somente visou fins fiscais, tendo inclusive a incorporadora LION (com prejuízos) logo após a incorporação, ter alterado a denominação social para a denominação da incorporada, SOTREQ (com lucros), o que demonstraria que a incorporação carece de respaldo com a realidade fática.

Já a defesa, entende que teria entregue os documentos pertinentes à apuração do ágio que vem amortizando em sua contabilidade. Além disso, defende que a compensação de prejuízos às avessas não encontra vedação na legislação tributária. A incorporação foi um negócio jurídico real, consequência da reorganização de seus negócios e não realizado apenas com o fim único de compensar prejuízos fiscais.

Analisando os argumentos trazidos na peça recursal, entendo que assiste em parte razão à recorrente.

Inicialmente, passo a examinar a matéria relativa à amortização do ágio.

Glosa despesas amortização de ágio

O surgimento do ágio se dá quanto da aquisição de participação societária relevante em outra sociedade, onde o valor da transação (em dinheiro, bens ou direitos) é superior ao valor patrimonial da participação adquirida, sujeitando-se ao método de equivalência patrimonial.

O disciplinamento acerca da contabilização do valor do ágio apurado na aquisição de participação societária em sociedade coligada ou controlada, e de sua possível amortização, encontram-se disciplinados nos arts. 385 e 386 do Regulamento do Imposto de Renda – RIR/99, cujo embasamento legal provém do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, art. 20 e da Lei nº 9.532, 1997, arts. 7º e 8º:

Desdobramento do Custo de Aquisição

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Tratamento Tributário do Ágio ou Deságio nos Casos de Incorporação, Fusão ou Cisão

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

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

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

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

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

§ 1º **O valor registrado na forma do inciso I integrará o custo do bem ou direito para efeito de apuração de ganho ou perda de capital e de depreciação, amortização ou exaustão** (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, § 1º).

§ 2º Se o bem que deu causa ao ágio ou deságio não houver sido transferido, na hipótese de cisão, para o patrimônio da sucessora, esta deverá registrar (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, § 2º):

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

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

§ 3º O valor registrado na forma do inciso II (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, § 3º):

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

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

§ 4º Na hipótese do inciso II do parágrafo anterior, a posterior utilização econômica do fundo de comércio ou intangível sujeitará a pessoa física ou jurídica usuária ao pagamento dos tributos ou contribuições que deixaram de ser pagos, acrescidos de juros de mora e multa, calculados de conformidade com a legislação vigente (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, § 4º).

§ 5º O valor que servir de base de cálculo dos tributos e contribuições a que se refere o parágrafo anterior poderá ser registrado em conta do ativo, como custo do direito (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, § 5º).

§ 6º O disposto neste artigo aplica-se, **inclusive**, quando (Lei nº 9.532, de 1997, art. 8º):

I - o investimento não for, obrigatoriamente, avaliado pelo valor do patrimônio líquido;

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

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

No caso em análise, o “fundamento econômico” indicado pelo contribuinte para o registro e amortização do ágio apurado foi o “valor de rentabilidade” da coligada ou controlada, com base em “previsão dos resultados nos exercícios futuros” (inciso II do § 2º, do art. 385 do RIR/99).

Já o § 3º do art. 385, determina que o lançamento do valor do ágio com os fundamentos de que tratam os incisos I e II do § 2º do mesmo artigo, entre eles o valor da rentabilidade com base em “previsão dos resultados nos exercícios futuros” (laudo de avaliação), **deverá** estar lastreado em **demonstração** (documento) que **o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração**.

Por seu turno, o inciso III do art. 386 do RIR/99 possibilita que o valor do ágio assim apurado (inciso II do § 2º, do art. 385 do RIR/99), nos balanços levantados posteriormente aos eventos de **incorporação, fusão ou cisão**, em que uma **pessoa jurídica absorver patrimônio de outra, poderá ser amortizado à razão de um sessenta avos**, no máximo, para cada mês do período de apuração, para fins de apuração do lucro real.

Assim, da leitura dos dispositivos legais acima transcritos é admitido que o valor do ágio apurado em participações societárias, cujo fundamento econômico seja a rentabilidade “com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros”, poderá ser amortizado nos eventos de **incorporação, fusão ou cisão**, em que uma pessoa jurídica absorver patrimônio de outra, **desde que referido ágio seja demonstrado com base em laudo fundamentado**, devendo referido **documento ser arquivado como comprovante da escrituração**.

Em que pese a lei fiscal (art. 385 do RIR/99) não determinar a forma em que deveria ser elaborado o laudo de avaliação, o próprio § 3º do art. 385 estabelece que os fundamentos econômicos utilizados para apuração do ágio deverão ser **baseados em demonstração** do valor de ágio apurado: “*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*”.

Assim, não é qualquer documento que pode se valer o sujeito passivo para demonstrar e comprovar o motivo determinante dos fundamentos econômicos do valor do ágio. Há que ser um documento técnico apropriado e claro o bastante para demonstrar adequadamente a apuração do valor da rentabilidade da empresa, do seu valor de mercado e, por conseqüência, do próprio valor do ágio, cujo montante terá repercussão e efeitos fiscais importantes (dedutibilidade) na apuração do IRPJ e da CSLL.

Para que se possa dar credibilidade ao documento que contenha a avaliação econômica da empresa, é mais do que razoável pressupor que seja um documento técnico completo, elaborado por pessoas habilitadas e que contenha uma exposição clara e consistente da forma como se chegou ao valor presente da empresa avaliada.

No dizer de Luís Eduardo Schoueri, em seu livro *Ágio em Reorganizações Societárias (Aspectos Tributários)*, São Paulo, Dialética, 2012, p. 36/37, o demonstrativo de rentabilidade futura deverá fornecer dados a respeito do mercado em que atua a empresa avaliada, as projeções de rentabilidade esperada em determinado período, trazendo por técnicas de matemática financeira, tais resultados a valor presente, de modo a se calcular o valor de mercado da empresa em determinado momento:

“O estudo investigará o comportamento do mercado e o comportamento da empresa. O resultado documentado serão números (projeções) que identificarão a rentabilidade esperada em determinado período. Haverá quem buscará a rentabilidade num período determinado; mais comum será o cálculo projetar ao infinito a rentabilidade, trazendo, por técnicas de matemática financeira, tais

resultados a valor presente, de modo a se calcular o valor de mercado. Usualmente, falar-se-á em “fluxo de caixa descontado”, como forma de se expressar o lucro econômico (ou melhor: lucro antes do imposto de renda, depreciações e amortizações).”

O método do “fluxo de caixa descontado” (Discounted Cash Flow) é reconhecido internacionalmente como sendo um método confiável de apuração dos resultados nos exercícios futuros, pois leva em conta todos os elementos que afetam o valor da empresa, revelando-se um método que revela a efetiva capacidade de geração de riqueza das empresas.

Pois bem. No caso dos autos o relatório da fiscalização foi bastante incisivo ao mencionar que o agente fiscal intimou a autuada, por diversas ocasiões, a apresentar dito demonstrativo de rentabilidade com base em resultados futuros (laudo fundamentado).

Em que pese terem sido apresentados diversos documentos pela interessada no curso do procedimento fiscal, não foi entregue nenhum documento que estivesse revestido das características de demonstrativo com base em “previsão dos resultados nos exercícios futuros”, relativo às empresas LION e NOIL, que pudesse justificar o valor do ágio apurado/amortizado na autuada SOTREQ em decorrência da aquisição de participações societárias nas duas primeiras empresas, conforme exige o inciso II do § 2º, do art. 385 do RIR/99.

A esse respeito, o acórdão recorrido, em detalhada análise dos documentos entregues pela autuada à fiscalização, descreveu muito bem que nenhum dos documentos entregues poderiam ser caracterizados como sendo um “demonstrativo de rentabilidade” com base em “previsão dos resultados nos exercícios futuros” (laudo fundamentado).

Veja-se a transcrição de trechos do voto condutor, cujas razões de decidir também passo a adotar:

“No caso em apreço, apesar dos reiterados protestos da defesa, não foi apresentado qualquer documento que pudesse ser recebido como um demonstrativo de rentabilidade futura das empresas investidas LION e NOIL, que teria fundamentado a operação de aquisição de ações pela SOTREQ/CABO em março de 2001.

Para corroborar a regularidade da operação a fiscalizada teria carreado aos autos inicialmente a seguinte documentação:

1. Laudo de Avaliação Contábil do Acervo Líquido da SOTREQ S.A., CNPJ nº 33.081.712/0001-31, empresa sediada no Rio de Janeiro/RJ, elaborado em 26/06/2001, pelo contador Anderson Amorim Amorim, a convite da LION S.A., CNPJ nº 61.064.689/0001-02, empresa sediada em Sumaré/SP, para fins de incorporação a ser efetivada na data base de 31/05/2001 (fls. 105/146);
2. Protocolo e Justificação de Incorporação da SOTREQ pela LION datado de 20/06/2001 (fls. 148/160);
3. Ata da Assembléia Geral Extraordinária da LION, realizada em 29/06/2001, na qual teria sido aprovada a incorporação da SOTREQ pela LION, e a alteração da denominação social da incorporadora para SOTREQ (fls. 161/169);

4. Ata da Assembléia Geral Extraordinária da SOTREQ, realizada em 28/06/2001, na qual teria sido aprovada a incorporação da SOTREQ pela LION (fls. 170/179);
5. Ata da Assembléia Geral Ordinária e Extraordinária da SOTREQ (CNPJ nº 61.064.689/0001-02), realizada em 30/10/2001, na qual teriam sido consolidadas as alterações do Estatuto Social da Companhia (fls. 180/195);
6. Ata da Assembléia Geral Ordinária e Extraordinária da NOIL PARTICIPAÇÕES E COMÉRCIO S.A. (CNPJ nº 01.352.859/0001-22), realizada em 31/12/2002, na qual foram aprovadas as Propostas e Justificações
 - a. de cisão parcial da empresa CABO EMPREENDIMENTOS S.A. (CNPJ nº 34.151.100/0001-30), com incorporação do patrimônio vertido pela NOIL;
 - b. de incorporação da NOIL pela SOTREQ (fls. 196/199);
7. Protocolo e Justificação de Cisão Parcial Seguida de Incorporação, firmado pela CABO e pela NOIL, em 31/12/2002, pelo qual foram determinadas as condições, justificativas e a forma pela qual teria se realizado a cisão parcial da CABO, seguida da incorporação do patrimônio cindido pela NOIL - fls. 203/208;
8. Laudo de Avaliação do Acervo Líquido Contábil da CABO, para fins de cisão parcial, seguida de incorporação pela NOIL, datado de 31/12/2002, de fls. 209/215;
9. Protocolo e Justificação de Incorporação, firmado entre a NOIL e a SOTREQ, em 31/12/2002, no qual foram determinadas as condições, justificativas e forma pela qual teria se realizado a incorporação da NOIL pela SOTREQ, de fls. 216/220;
10. Laudo de Avaliação do Acervo Líquido Contábil da NOIL para fins de incorporação pela SOTREQ, datado de 31/12/2002, de fls. 221/226.

É evidente que nenhum destes instrumentos pode ser recebido como a **demonstração da rentabilidade futura das investidas** requerida pela legislação, na medida em que todos os instrumentos se referem a operações posteriores ao evento da alienação das ações, ocorrido em março de 2001.

Importante também salientar que, ainda durante o procedimento fiscal, a contribuinte foi alertada de que entre a documentação apresentada não estaria a demonstração de rentabilidade futura das investidas (LION/NOIL). Veja-se que, em 25/02/2010, a contribuinte foi intimada (fls. 277/278), quanto aos investimentos adquiridos na LION/NOIL, a apresentar **laudo de avaliação a demonstrar a rentabilidade futura da LION/NOIL**, com a ressalva expressa de que tal documento ainda não havia sido apresentada, contrariamente às afirmações dos representantes da Fiscalizada.

Na resposta de fls. 281/283, protocolizada em 17/03/2010, para demonstrar a rentabilidade futura da LION, na data da aquisição pela SOTREQ em março de 2001, novamente foram apresentados o Protocolo e Justificação de Cisão Parcial da CABO, Seguida de Incorporação do Patrimônio Cindido pela NOIL e o Laudo de Avaliação do Acervo Líquido da CABO, ambos datados de 31/12/2002 (fls. 544/556).

Em 31/03/2010 (termo de fls. 557/563), novamente a fiscalização alertou a contribuinte de que não teriam sido apresentados os demonstrativos de rentabilidade

futura das investidas (LION e NOIL) necessários a respaldar o fundamento econômico adotado pela empresa para o pagamento do ágio e, conseqüentemente, a sua amortização.

[...]

A fiscalizada trouxe também aos autos o documento denominado MINUTA PARA DISCUSSÃO SUJEITA A ALTERAÇÃO, elaborada em 31/05/2001, pelo contador Anderson Amorim Amorim (de apenas 6 folhas - fls. 835/840), mediante a qual teria sido realizada a revisão de um relatório preparado pela SOTREQ de PROJEÇÃO DO RESULTADO ECONÔMICO E DO CASH FLOW, que contemplava a SOTREQ e a LION, de forma individual e consolidada, com o objetivo de expressar o entendimento do perito contábil acerca: (i) da consistência das premissas adotadas para a elaboração dos relatórios; (ii) da metodologia de cálculo empregada para a obtenção do fluxo de caixa descontado e do valor presente líquido; (iii) do resultado dos cálculos; e (iv) dos negócios e sua gestão, com base em leitura dos estatutos e dos balancetes preliminares da investidora (SOTREQ) e da investida (LION).

Destaque-se, preliminarmente, que apesar de apresentar o relatório elaborado pelo perito, a fiscalizada deixou de apresentar, para apreciação da fiscalização, a PROJEÇÃO DO RESULTADO ECONÔMICO E DO CASH FLOW da SOTREQ/LION sobre a qual teria se debruçado o perito.

[...]

Entretanto, o demonstrativo de rentabilidade futura da LION e da NOIL não integram a *revisão*, elaborada pelo perito, do suposto relatório de PROJEÇÃO DO RESULTADO ECONÔMICO E DO CASH FLOW da SOTREQ/LION, não apresentado à fiscalização.

Por oportuno, saliente-se que a referida *revisão efetuada pelo perito* do relatório, *não apresentado*, preparado pela SOTREQ, de PROJEÇÃO DO RESULTADO ECONÔMICO E DO CASH FLOW, não foi rejeitado pelos problemas formais apontados pela defesa (por ter sido elaborada por um único perito; por não estar assinada; e por ser pós-datada em relação aos projetados aportes), mas porque *não contém a demonstração da rentabilidade futura dos investimentos adquiridos na LION/NOIL*.

[...]

Apesar de afirmar que teria sido elaborada *a avaliação da expectativa de rentabilidade futura, vendas e lucros futuros das empresas adquiridas* - mas não ter sido apresentada à fiscalização, aparentemente, defende-se a fiscalizada, dizendo que a prova de realização do negócio a preço de mercado seria hábil a dispensar a demonstração de rentabilidade futura dos investimentos, interpretação não admitida pela legislação vigente, que prevê um tratamento contábil e fiscal diferenciado para cada uma das hipóteses normativas.

Confunde assim a Fiscalizada a prova do preço de mercado da operação, com a prova do fundamento econômico do ágio.

[...]

Depois, de detida análise do procedimento fiscal e da documentação apresentada não resta dúvida de que apesar de reiteradamente intimada a **contribuinte não apresentou a demonstração de rentabilidade futura da LION/NOIL**,

a fim de respaldar a escrituração do ágio na aquisição dos investimentos, pelo que procedente a glosa da amortização do ágio.

Da leitura dos trechos do voto condutor acima transcritos, bem como do exame efetuado por este relator dos documentos entregues para justificar o valor do ágio, verifica-se que nenhum deles contém as características próprias de demonstrativo do valor do ágio cujo fundamento econômico seria o valor de rentabilidade “com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros.

A demonstração para a determinação do valor da empresa a preços presentes, e do correspondente valor de ágio, não se encontram em nenhum dos documentos/demonstrativos apresentados pela fiscalizada, carecendo dos seguintes elementos:

- 1- inexistência da análise de mercado e da conjuntura onde atua a empresa examinada;
- 2- demonstrativo do faturamento já ocorrido e projeção para exercícios futuros;
- 3- projeções do fluxo de caixa;
- 4- demonstração da forma de escolha da taxa de desconto do fluxo de caixa;
- 5- demonstração da apuração do valor de mercado a valor presente e do valor do ágio;

Ressalte-se que a fiscalização buscou insistentemente junto à autuada os demonstrativos que contivessem os valores do ágio da LION e da NOIL, cujo fundamento econômico seria o valor de rentabilidade “com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros”, que deveria ser arquivado como comprovante do registro do ágio, como exige a lei (inciso II do § 2º, e § 3º, do art. 385 do RIR/99), pelo que a autuada não logrou comprovar.

O próprio recorrente menciona em seu recurso (fls. 15 do recurso voluntário), que o valor do ágio foi apurado de acordo com a parte excedente do valor do patrimônio líquido das participações societárias adquiridas, ou seja, encontra-se em desacordo com o que prevê a legislação tributária:

“40. Tal ágio representa, na verdade, a parte do preço que excede o valor de patrimônio líquido das participações adquiridas, que totalizava a quantia de R\$ 79.345.197,83.”

Não apresentados os referidos demonstrativos de apuração do ágio com base no fundamento econômico estabelecido pelo inciso II do § 2º, do art. 385 do RIR/99 (previsão resultados futuros), é de se considerar que o pretensão ágio pago decorreu do fundamento econômico de fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas, previsto no III do § 2º, do art. 385 do RIR/99, não amortizável e, portanto, não dedutível para fins de apuração do IRPJ e da CSLL (art. 386, II do RIR/99).

Dessa forma, forçoso concluir que, após análise do procedimento fiscal e da documentação contida nos autos, parece não haver dúvidas que a autuada deixou de apresentar a demonstração de rentabilidade com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros da LION/NOIL, a fim de respaldar a escrituração do ágio na aquisição de participações

societárias. Deixou, assim, de atender aos requisitos legais que justificassem o valor do ágio que pretende amortizar, o que inviabiliza o aproveitamento da dedução na apuração do IRPJ e da CSLL.

A jurisprudência do extinto Primeiro Conselho de Contribuintes também já decidiu no mesmo sentido, conforme se verifica no ementário do Acórdão que abaixo se transcreve:

AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO - REQUISITOS - A inexistência em Promessa de Compra e Venda de cláusula condicional para que seja implementado o negócio, indica a absoluta concordância pelas partes, caracterizando-se uma situação de fato conforme definido no artigo 116 do CTN, não interessando o nome que se dê ao contrato. A possibilidade legal de amortização do ágio restringe-se a situações em que a pessoa jurídica absorve patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio apurado com fundamento em rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros. Não configurada tal hipótese mantém-se a glosa da amortização. Constatado que os valores excluídos na determinação do lucro real e da CSLL referiam-se a valores contabilizados em conta de resultado de períodos anteriores, incabível o ajuste efetivado em resultado de ano calendário posterior. 1º CC. / 5ª Câmara / ACÓRDÃO 105-15.913 em 16.08.2006. (grifei)

Não bastasse os motivos acima expostos, a fiscalização também apurou divergência entre o valor do ágio constante dos demonstrativos das amortizações (R\$ 79.345.197,83) - fls. 101 e 229/230, e o valor do ágio contabilizado e constante da Demonstração de Acervo Líquido da SOTREQ SA - fls. 133, ratificado na resposta dada à fiscalização às fls. 238 (R\$ 76.845.186,86), o que só vem a reforçar a tese de que o valor do ágio não se encontra devidamente fundamentado nos termos da legislação de regência.

Sobre a divergência de valores apurada pela fiscalização, a recorrente nada menciona em sua peça recursal, de modo que a mesma deve ser considerada como definitivamente julgada, a teor do art. 17 do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972 e alterações.

Por fim, quanto a este tópico, cumpre registrar que o acórdão recorrido, após análise detalhada das movimentações financeiras efetuadas durante a reorganização societária, concluiu que as mesmas foram devidamente registradas na contabilidade, fato que nada interfere nas conclusões deste voto.

Em vista do acima exposto, é de se confirmar a glosa dos valores de amortização fiscal do ágio, por falta de atendimento aos requisitos legais, uma vez que a autuada não logrou comprovar a entrega do “demonstrativo de rentabilidade” (laudo de avaliação) com base em “previsão dos resultados de exercícios futuros”, como exige a lei.

Glosa da compensação de prejuízos

O agente fiscal glosou os prejuízos compensados integralmente quando da incorporação (em 29/06/2001) da SOTREQ, empresa com lucros, pela LION, empresa com prejuízos, alterando a razão social para aquela da dita incorporada (SOTREQ), bem como adotando o endereço desta última (LION).

Segundo a fiscalização, o objetivo da incorporação “às avessas” seria o contorno da legislação, uma vez que existe expressa vedação legal de compensação quando a incorporação se dá nos moldes da normalidade (art. 514 do RIR/99), empresa lucrativa (SOTREQ) incorpora a empresa com prejuízos (LION). Os motivos que levaram a fiscalização a considerar a incorporação fictícia foram os seguintes fatos:

- a incorporação teria sido efetuada unicamente para aproveitar os prejuízos da LION nas apurações do IRPJ e da CSLL;
- A SOTREQ não possuía prejuízos fiscais nem bases negativas da CSLL;
- ao invés da SOTREQ incorporar a LION, foi a LION que incorporou a SOTREQ, tendo aquela, em seguida, alterado sua razão social para SOTREQ;
- a LION destituiu os componentes de seu conselho de administração e nomeou aqueles da antiga SOTREQ conforme item 2 da Ata da Assembléia Geral Extraordinária da LION, realizada em 29.6.2001. Ou seja, a administração passou a ser a mesma da empresa incorporada (antiga SOTREQ);
- as mesmas atividades da incorporada SOTREQ, continuaram a ser desenvolvidas após a sua incorporação;
- o que efetivamente teria ocorrido foi que a SOTREQ incorporou a LION e, portanto, não poderia compensar os prejuízos fiscais desta, nos termos do art. 514 do RIR/99;

O acórdão recorrido entendeu que apesar da operação de incorporação da SOTREQ pela LION não ter sido caracterizada como simulada, nem por isso pode ser caracterizada como sendo lícita. A incorporação da empresa deficitária pela superavitária teria sido feita **exclusivamente** por motivos fiscais, tanto no âmbito federal, como municipal, para a manutenção dos benefícios fiscais concedidos. Considerou, assim, passível de descon sideração a operação de incorporação às avessas, efetuada com o único e exclusivo objetivo de redução da carga tributária.

Já a recorrente alega em seu recurso que inexistente proibição legal de efetuar a incorporação nos moldes do que foi feito e que, na realidade, a operação de reorganização societária de fato era desejada pela partes por razões de natureza empresarial.

Analisando os fatos constante dos autos e a legislação que rege a matéria, creio assistir razão à defesa.

Inicialmente, cumpre transcrever o art. 514 do RIR/99, cuja base legal é o art. 33 do Decreto-lei nº 2.341, de 1987, que trata da compensação de prejuízos nos casos de incorporação, fusão ou cisão:

Art. 514. *A pessoa jurídica sucessora por incorporação, fusão ou cisão não poderá compensar prejuízos fiscais da sucedida (Decreto-Lei nº 2.341, de 1987, art. 33).*

Parágrafo único. No caso de cisão parcial, a pessoa jurídica cindida poderá compensar os seus próprios prejuízos, proporcionalmente à parcela remanescente do patrimônio líquido (Decreto-Lei nº 2.341, de 1987, art. 33, parágrafo único).

O dispositivo acima transcrito é bastante claro ao afirmar que a pessoa jurídica sucessora, por incorporação, fusão ou cisão não poderá compensar prejuízos fiscais da sucedida.

Por seu turno, a possibilidade de compensação de prejuízos fiscais apurados pelas pessoas jurídicas, a partir de 1995, encontra-se regulamentado pelo art. 510 do RIR/99:

Art. 510. O prejuízo fiscal apurado a partir do encerramento do ano-calendário de 1995 poderá ser compensado, cumulativamente com os prejuízos fiscais apurados até 31 de dezembro de 1994, com o lucro líquido ajustado pelas adições e exclusões previstas neste Decreto, observado o limite máximo, para compensação, de trinta por cento do referido lucro líquido ajustado (Lei nº 9.065, de 1995, art. 15). (destaquei)

No caso em análise, a LION detinha prejuízos fiscais e a SOTREQ era a empresa lucrativa. Portanto, nos termos do art. 510 acima transcrito, a LION tinha o direito de compensar os seus prejuízos fiscais.

Pelo que consta dos autos, ambas empresas desempenhavam operações semelhantes na colocação dos produtos com a marca “CATERPILAR, de modo que a SOTREQ vinha desenvolvendo tratativas junto à matriz americana da “CATERPILAR” para assumir o controle da LION, uma vez que esta última vinha apresentando sucessivos prejuízos.

Portanto, nada mais natural que a empresa lucrativa SOTREQ, tendo adquirido a participação societária na LION, fizesse também a incorporação desta última. No entanto, vislumbrou a SOTREQ um impedimento legal (art. 514 do RIR/99) para a compensação de prejuízos da possível sucedida, a LION.

No bojo da reorganização societária entendeu-se que as empresas estavam, em verdade, sob o manto de um mesmo comando, por isso, procederam de forma contrária: a empresa com prejuízos incorpora a empresa lucrativa, o que possibilitaria a compensação dos prejuízos da empresa deficitária, conforme permissivo legal contido no art. 510 do RIR/99.

Nesse contexto, o direito à compensação dos próprios prejuízos da empresa que se encontra deficitária (LION) encontra-se amparado pela lei. No presente caso, ficou evidenciado que a compensação de prejuízos ocorreu obedecendo o limite de 30% do lucro líquido ajustado, nos exatos termos do art. 510 do RIR/99, fls.1839/1840 e fls. 1848 e 1856.

Já a lei das sociedades anônimas também não veda a incorporação da empresa lucrativa por empresa com prejuízos.

Assim, do ponto de vista legal, a operação de incorporação às avessas pode perfeitamente ser taxada como lícita, posto não haver impedimento legal para que a empresa com prejuízos incorpore a lucrativa, detendo esta, participação naquela. É claro que se esperaria justamente o contrário, mas em determinadas situações, como no presente, ela pode

até efetivamente ocorrer, uma vez que a sucedida (SOTREQ) já detinha participação societária relevante na sucessora (LION), o que em última análise significa que se trata de uma mesma realidade econômica.

Além disso, a operação teria sido realizada entre empresas que estavam regularmente operando no mercado, com objeto social semelhante, e teria sido assim justificada no Protocolo e Justificação de Incorporação da SOTREQ pela LION (fls.148 e seguintes):

"3. Entendem os signatários que, pertencendo a SOTREQ e a LION ao mesmo grupo, inclusive sendo a SOTREQ acionista da LION, e sendo ambas voltadas ao mesmo mercado de atuação, a incorporação da SOTREQ pela LION, como proposta neste instrumento, é da maior conveniência aos interesses sociais e financeiros da SOTREQ e da LION, uma vez que a unificação das atividades e da administração da SOTREQ e da LION resultará na redução de custos administrativos, comerciais e financeiros e na racionalização do trabalho, operações e metas de organização, propiciando maior rentabilidade ao empreendimento".

Veja-se a descrição contida no relatório fiscal a respeito do principal objetivo da autuada ao eleger este modelo de incorporação, fls. 1826:

"65. A própria Fiscalizada reconhece esse fato na resposta recebida em 26/04/2010, item 22. "A Fiscalizada esclarece que a incorporação foi feita pela LION a fim de que os prejuízos por ela contabilizados não fossem perdidos, o que oneraria ainda mais a operação, causando, conseqüentemente, aumento no valor de venda de suas ações"."

O que se depreende dos autos é que toda a operação de incorporação foi feita às claras, com ambas empresas operando regularmente no mercado e a forma escolhida tinha uma justificação: a economia tributária. Ressalte-se que nem a fiscalização e nem o acórdão recorrido caracterizaram a ocorrência de simulação nos eventos societários em análise.

A defesa também justificou a incorporação, nos moldes como foi feito, em razão da necessidade de manter a sede da empresa em Sumaré – São Paulo, onde funcionava a LION, face aos benefícios fiscais concedidos pela prefeitura dessa cidade no recolhimento do IPTU e do ISS, fls. 1879. Veja-se a manifestação do Acórdão da DRJ nesse sentido, fls. 2167:

"O único motivo pertinente e relevante a justificar a incorporação da SOTREQ pela LION seria o fato desta última ser beneficiária de isenção de imposto sobre serviços (ISSQN) e do imposto predial e territorial urbano (IPTU) no Município de Sumaré/SP, benefício outorgado pelo prazo de 10 (dez) anos a contar de outubro de 1998, cuja manutenção era imprescindível para a maior rentabilidade do negócio.

Com efeito, é perfeitamente admitido pelo ordenamento jurídico pátrio que a redução da carga tributária é um objetivo que deve ser perseguido para a própria sobrevivência das pessoas jurídicas desde que, evidentemente, seja feita de forma lícita.

Nos processos de reorganização das empresas, a boa técnica de administração dos negócios recomenda que os dirigentes adotem, dentro da legalidade, a alternativa econômica menos onerosa possível, dentre elas optem pela economia tributária. A empresa LION apresentava sucessivos prejuízos, que seriam perdidos, caso a SOTREQ incorporasse a

LION. E uma das formas de manter a empresa LION em funcionamento foi a reorganização societária perpetrada, que a meu ver foi feita de forma legal.

Inexistindo vedação legal para a prática da conhecida “incorporação às avessas”, não se pode esperar que duas empresas, integrantes do mesmo grupo econômico, praticando operações comerciais semelhantes, tendo a intenção de se reorganizar societariamente, com o objetivo de melhorar o desempenho das suas atividades, fiquem impedidas de realizar a incorporação da empresa lucrativa por outra deficitária.

A Câmara Superior de Recursos Fiscais também decidiu nesse mesmo sentido, conforme ementário do Acórdão nº CSRF/01-05.413, sessão de 20 de março de 2006:

IRPJ — INCORPORAÇÃO AS AVESSAS — GLOSA DE PREJUÍZOS — IMPROCEDÊNCIA — A denominada "incorporação às avessas", não proibida pelo ordenamento jurídico, realizada entre empresas operativas e que sempre estiveram sob controle comum, não pode ser tipificada como operação simulada ou abusiva, mormente quando, a par da inegável intenção de não perda de prejuízos fiscais acumulados, teve por escopo a busca de melhor eficiência das operações entres ambas praticadas.

De tudo o que foi exposto, entendo pela possibilidade legal da compensação de prejuízos fiscais do IRPJ e da base de cálculo negativa da CSLL na chamada “incorporação às avessas”, nos moldes do permitido pelo art. 510 do RIR/99.

Em face do exposto, voto no sentido de que seja dado parcial provimento ao recurso voluntário para que seja admitida a compensação dos prejuízos fiscais e da base de cálculo negativa da CSLL.

(documento assinado digitalmente)

Carlos Alberto Donassolo