



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS

Processo n° 10830.016265/2010-91
Recurso n° Especial do Procurador e do Contribuinte
Acórdão n° 9101-003.008 – 1ª Turma
Sessão de 8 de agosto de 2017
Matéria AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO E COMPENSAÇÃO DE PREJUÍZOS
Recorrentes FAZENDA NACIONAL
SOTREQ S/A

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2005, 2006, 2007

ÁGIO. RENTABILIDADE FUTURA. DEMONSTRAÇÃO DO VALOR ECONÔMICO-FINANCEIRO DA PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA EM AQUISIÇÃO. EFETIVIDADE E CONTEMPORANEIDADE À AQUISIÇÃO. A lei exige que o lançamento do ágio baseado na perspectiva de rentabilidade futura seja baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração. Embora não houvesse à época dos fatos a exigência de demonstração na forma de laudo, a produção e arquivamento de documentação que apresenta de forma objetiva e precisa a demonstração do valor econômico-financeiro da participação societária em aquisição a partir das perspectivas de rentabilidade futura da empresa é ônus da adquirente e constitui requisito indispensável para a dedução da amortização do ágio correspondente. Não basta estimá-lo de forma subjetiva, é preciso determiná-lo e demonstrá-lo, matematicamente, de forma precisa, e arquivar a documentação onde isso é feito, tudo ao tempo em que é feita a aquisição, nunca *a posteriori*.

INCORPORAÇÃO ÀS AVESSAS. DESCONSIDERAÇÃO DOS EFEITOS TRIBUTÁRIOS. Deve ser mantida a glosa de prejuízos fiscais e bases negativas da CSLL nas hipóteses de incorporação às avessas, quando uma empresa extremamente deficitária, com patrimônio líquido reduzido, com o intuito de redução de pagamento de tributos, incorpora uma empresa lucrativa, com patrimônio líquido seis vezes maior que sua incorporadora, e na sequência assume a denominação social da incorporada e passa a ser administrada pela incorporada.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em conhecer do Recurso Especial da Fazenda Nacional, vencidos os conselheiros Luís Flávio Neto e Gerson

Macedo Guerra, que não conheceram do recurso. No mérito, por voto de qualidade, acordam em dar-lhe provimento, vencidos os conselheiros Cristiane Silva Costa, Luís Flávio Neto, Livia de Carli Germano e Gerson Macedo Guerra, que lhe negaram provimento. Acordam, ainda, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial do Contribuinte e, no mérito, por maioria de votos, em negar-lhe provimento, vencidos os conselheiros Cristiane Silva Costa, Luís Flávio Neto e Gerson Macedo Guerra, que lhe deram provimento. Manifestou intenção de apresentar declaração de voto o conselheiro Luís Flávio Neto. Encerrado o prazo regimental, o conselheiro não apresentou sua declaração de voto.

(assinado digitalmente)

Carlos Alberto Freitas Barreto - Presidente

(assinado digitalmente)

Adriana Gomes Rêgo - Relatora

Participaram do presente julgamento os conselheiros Carlos Alberto Freitas Barreto, Adriana Gomes Rêgo, Cristiane Silva Costa, André Mendes de Moura, Luís Flávio Neto, Rafael Vidal de Araújo, Gerson Macedo Guerra e Livia de Carli Germano (suplente convocada em substituição à conselheira Daniele Souto Rodrigues Amadio). Ausente justificadamente a conselheira Daniele Souto Rodrigues Amadio.

Relatório

FAZENDA NACIONAL e SOTREQ SA recorrem a este Colegiado, por meio dos Recursos Especiais de e-fls. 2.404 e ss. e 2.621 e ss., respectivamente, contra o acórdão nº **1202-000.878**, de 03 de outubro de 2012 (e-fls. 2.373 e ss.), que, no mérito e por unanimidade de votos, deu parcial provimento ao recurso voluntário para admitir a compensação de prejuízos fiscais. Transcreve-se a ementa do acórdão recorrido:

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.

A Contribuinte opôs Embargos de Declaração em face do acórdão em questão, os quais não foram admitidos por meio do Despacho de e-fls. 2.605 e ss.

Ambos os recursos foram admitidos por meio, respectivamente, do Despacho de e-fls. 2.418 e ss. e do Despacho de e-fls. 2.833 e ss.

Recurso da Fazenda Nacional:

A Fazenda aponta divergência jurisprudencial em relação ao acórdão nº CSRF/01-02.107, cuja ementa está assim redigida na parte de interesse:

IRPJ - ‘ INCORPORAÇÃO ÀS AVESSAS’ - MATÉRIA DE PROVA - COMPENSAÇÃO DE PREJUÍZOS FISCAIS - A definição legal do fato gerador é interpretada abstraindo-se da validade jurídica dos atos efetivamente praticados. Se a documentação acostada aos autos comprova de forma inequívoca que a declaração de vontade expressa nos atos de incorporação era enganosa para produzir efeito diverso do ostensivamente indicado, a autoridade fiscal não está jungida aos efeitos jurídicos que os atos produziram, mas à verdadeira repercussão econômica dos fatos subjacentes.

As alegações de mérito da Fazenda, são, em síntese, as seguintes:

a) que a Fiscalização constatou que até março de 2001, a LION era uma empresa deficitária, com prejuízos acumulados e a SOTREQ era empresa superavitária, sem prejuízos fiscais acumulados. Visando suplantar o óbice previsto no art. 514 do RIR/99, o qual veda a pessoa jurídica sucessora por incorporação, fusão ou cisão compensar os prejuízos fiscais da sucedida, a LION incorporou a SOTREQ, alterando sua razão social para SOTREQ S.A., sendo que o procedimento lógico seria a empresa superavitária incorporar a deficitária. Assim, a Fiscalização considerou que, de fato, foi a SOTREQ que incorporou a LION e glosou os valores correspondentes aos prejuízos fiscais compensados da LION. O mesmo ocorreu na incorporação da NOIL. Acrescenta que a Fiscalização constatou que "*as provas carreadas no curso do procedimento mostram que a negociação entre as sociedades foi conduzida nesta lógica, como revela o aporte de dinheiro e compra de ações da LION pela SOTREQ*";

b) traz elementos do Termo de Verificação e Constatação e considerações feitas no acórdão da DRJ que indicam que "*em verdade, não houve a extinção da empresa SOTREQ, CNPJ 33.081.712/0001-31, que figura, ao contrário, como a real sucessora da empresa LION, de maneira que os prejuízos fiscais desta última não podem ser utilizados pela*

empresa autuada". E acrescenta que "a fiscalização glosou os valores relativos a compensações dos prejuízos fiscais e base de cálculo negativa da CSLL por considerar que a operação de incorporação da SOTREQ, CNPJ 33.081.712/0001 - 31, pela LION, CNPJ 61.064.689/0001 - 02, teve como escopo único suplantiar o óbice previsto no art. 514, do RIR/99, o qual veda a pessoa jurídica sucessora por incorporação, fusão ou cisão compensar os prejuízos fiscais da sucedida" (grifos originais);

c) reproduz trechos do acórdão da DRJ (que manteve a autuação) em que se afirma que *"apesar de a operação de incorporação da SOTREQ pela LION não ter sido caracterizada como simulada, nem por isso pôde ser caracterizada como lícita" (consta nos trechos reproduzidos que se reconhece que não há vedação de incorporação da companhia investidora por sua investida), mas que invoca "os critérios já adotados pela jurisprudência administrativa, a fim de definir os limites entre a atuação, de fato, lícita, a ser respeitada e protegida pelo direito, e aquela outra que, apesar de não poder ser caracterizada propriamente como ilícita, configura-se flagrantemente abusiva em face dos preceitos normativos em vigor" (grifos originais);*

d) fazendo menção ao art. 118 do CTN (*"a definição legal do fato gerador deve ser interpretada abstraindo-se: I- da validade jurídica dos atos efetivamente praticados pelos contribuintes, responsáveis, ou terceiros, bem como da natureza do seu objeto ou dos seus efeitos; II- dos efeitos dos fatos efetivamente ocorridos"*), refere que no caso *"negou-se 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"*.

Ao final conclui que *"o v. acórdão proferido em primeira instância não merece qualquer retoque, revelando-se em consonância com o entendimento desde Conselho Administrativo de Recursos Fiscais"* e pede a Fazenda que o presente recurso seja *"admitido e provido o presente recurso especial, reconhecendo-se como procedente a glosa de prejuízos fiscais e base de cálculo negativa da CSLL"*.

A Contribuinte apresentou contrarrazões (e-fls. 2.541 e ss.), aduzindo, em essência o que segue:

a) em preliminar, alega o não cabimento do recurso especial por falta de similaridade entre os acórdãos recorrido e paradigma. Aduz que, embora ambos tratem de casos de absorção de prejuízos fiscais, foram firmados sobre bases distintas na medida em que o acórdão paradigma *"tem como ponto central a presença de prática simulada pelo contribuinte"*, o que não ocorre no presente caso, em que sequer foi ventilada a hipótese de ter havido simulação ou fraude. Reproduzindo a ementa do paradigma ("caso Rexnord"), afirma que se trata de decisão arrimada sobre suposta divergência entre a vontade declarada e sua vontade real, característica da simulação;

b) menciona que, em artigo em revista especializada, Marciano Seabra de Godoi é preciso quanto à alegação de simulação no referido acórdão, assim como Sacha Calmon em outra publicação. E observa que a própria DRJ registra a ausência de argumentação quanto à presença de simulação no presente caso, transcrevendo trecho do acórdão correspondente;

c) quanto ao mérito, aduz que a alegação da Fazenda de que não houve extinção da SOTREQ, sendo ela sucessora da LION, é nitidamente improcedente por três principais razões, quais sejam: (1) não há vedação legal para a prática da incorporação reversa; (2) para que se atinja a conclusão de que a incorporadora foi, de fato, a incorporada, seria necessária demonstração cabal de prática simulada ou fraudulenta (o que jamais teria sido ventilado no presente caso); e (3) não se configura no caso em exame a prática simulada, uma vez que todos os atos foram praticados com publicidade e às claras e tiveram por base sólidos propósitos negociais. Aqui aponta a combinação de negócios, a necessidade de manter a LION por sua maior importância relativa (maior número de filiais operacionais, representação exclusiva do estado de São Paulo, estabelecimento prestador de serviços de assistência técnica, ausente na SOTREQ, e outros fatores) e os benefícios fiscais concedidos pela prefeitura de Sumaré no recolhimento do IPTU e do ISS;

d) aduz ser irretocável a conclusão do Relator no acórdão recorrido no sentido de que *"inexistindo vedação legal para a prática conhecida como 'incorporação às avessas', não se pode esperar que duas empresas (...) fiquem impedidas de realizar a incorporação da empresa lucrativa por outra deficitária"*. E traz jurisprudência do CARF que vai nessa linha, destacando julgado da CSRF em situação idêntica a dos autos;

e) assinala que no caso em exame nenhum aspecto da operação foi ocultado, dissimulado ou apontado de modo enganoso, de forma que não se vislumbra potencial divergência entre a vontade real e a vontade declarada.

Ao final, requer seja inadmitido o recurso fazendário ou, se ultrapassada a preliminar, seja ele improvido.

Recurso da Contribuinte:

A Contribuinte aponta divergência jurisprudencial em relação aos acórdãos a seguir, cujas ementas estão assim redigidas na parte de interesse:

Acórdão nº 1201-001.438:

LAUDO DE AVALIAÇÃO. INTEMPESTIVIDADE. FALTA DE PREVISÃO LEGAL.

Indevida a glosa do aproveitamento do ágio sob fundamento de intempestividade do laudo de avaliação, vez que sequer existia previsão legal acerca da obrigatoriedade do laudo à época dos fatos.

Acórdão nº 1102-001.018:

ÁGIO. FUNDAMENTO. DEMONSTRAÇÃO CONTEMPORÂNEA AOS FATOS. NECESSIDADE.

A lei exige que o lançamento do ágio com base no valor de mercado ou na expectativa de rentabilidade futura seja baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração.

Não há a exigência de que a comprovação se dê por laudo, mas por qualquer forma de demonstração, contemporânea aos fatos, que indique por que se decidiu por pagar um sobrepreço.

Caso em que se demonstrou que o ágio foi pago com base na expectativa de resultados futuros, tanto por documentos contemporâneos ao investimento, quanto por laudo elaborado posteriormente com base em informações da época.

As alegações de mérito da Contribuinte, são, em síntese, as seguintes:

a) que a SOTREQ (ora Recorrente) é representante no Brasil da Caterpillar América Co. (CATERPILLAR), fabricante de máquinas, equipamentos e peças destinados à agricultura, indústria, mineração e construção pesada. E que, à época dos fatos, a NOIL PARTICIPAÇÕES E COMÉRCIO S.A. (NOIL) controlava a LION S.A. (LION), sociedade operacional que exercia as atividades de representação da CATERPILLAR em diversos estados e que acumulou dívidas importantes, o que levou a CATERPILLAR a adquirir uma participação de 84% no capital social da NOIL e 33% no capital social da LION, como forma de sanear financeiramente a sociedade. Que a SOTREQ, controlada pela CABO EMPREENDIMENTOS S-A. (CABO), era outro representante da CATERPILLAR no Brasil, com atuação em outros estados, sendo seus sócios totalmente distintos dos de CATERPILLAR, LION ou NOIL;

b) que após longo período de negociações e de estudos econômicos, as partes celebraram o contrato de Compra e Venda de Ações, em 23 de março de 2001, pelo qual a CATERPILLAR obrigou-se a vender as ações da LION e da NOIL à SOTREQ, mediante o recebimento do preço total de US\$ 47.000.000,00. Nessa operação "(i) houve pagamento efetivo do preço das participações pela adquirente, com desembolso real por parte da SOTREQ e da CABO; (ii) não houve a constituição de pessoa veículo (o que não se coloca no caso em exame), pois todas as Partes eram pré-existentes; (iii) o negócio envolvia partes totalmente independentes; (iv) não há que se falar em motivação exclusivamente fiscal (o que claramente não é o caso); (v) nem no fato de se tratar de uma incorporação reversa ou às avessas";

c) que o auto de infração reconheceu a realidade do negócio celebrado entre as partes (compra das ações e incorporação), bem como seus legítimos propósitos negociais, sendo que o fundamento exclusivo da recusa da amortização do ágio reside na suposta ausência de apresentação de demonstrativo que embasa o lançamento do ágio, posto que os demonstrativos apresentados foram recusados pelo auto de infração que os julgou inadequados;

d) fazendo análise de dispositivos do Decreto-Lei nº 1.598/1977 e do RIR/1999, aduz que o desdobramento do custo de aquisição previsto no art. 385 do RIR/1999 tem finalidade essencialmente informativa e de controle, "não devendo fazer perder de vista que tanto o valor do patrimônio líquido quanto o ágio são meros elementos integrantes e indissociáveis do custo de aquisição da participação societária na controlada ou coligada e, como tal, têm necessariamente de ser considerados para efeitos de apuração de ganho ou perda de capital".

e) acrescenta que só há realização do ágio para fins fiscais na hipótese de alienação ou liquidação do investimento, sendo que tal regra "viria a comportar uma exceção, introduzida pelo art. 8º da Medida Provisória nº 1.602/97, convertido no art. 7º da Lei nº 9.532/97". E que os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97 constituem "norma especial, aplicável apenas às fusões, cisões e incorporações envolvendo controladora ou coligada e suas controladas ou coligadas, cujo participação tenho sido adquirido com ágio ou deságio", tendo introduzido regime de dedução diferida e fracionada no tempo da perda de capital decorrente de ágio nas operações especiais de fusões, cisões e incorporações envolvendo controladas ou

coligadas, diferentemente do regime geral de dedução plena e imediata da perda previsto nos arts.426 e 430 do RIR/1999. Ou seja, regime de dedução mais restritivo do que o da perda aplicável nos demais casos de liquidação de investimentos regulados pelos arts. 426 e 430 do RIR/1999;

f) aduz que *"é certo, porém, que no regime estabelecido nos arts. 7 e 8 da Lei na 9.5321/97 o direito à amortização fiscal do ágio, registrado na aquisição de investimento em controlada ou coligada, é adquirido quando ocorre a fusão, cisão ou incorporação da controlada ou coligada pela controladora ou coligada ou vice e versa"*. A partir desse evento *"a pessoa jurídica adquire o direito à dedução fiscal do ágio que, se fundado em expectativa de rentabilidade futura, poderá ser amortizado à razão de /60 avos"*, sendo que ***"não há na legislação fiscal qualquer outro limite ou restrição à amortização fiscal do ágio"*** (grifos originais);

g) refere que o ágio pago nas aquisições da LION e da NOIL *"representa, na verdade, a parte do preço que excede o valor de patrimônio líquido contábil das participações adquiridas, que totalizava a quantia de R\$ 79.345.197,83"*;

h) aduz, então, que a razão que conduz à diversidade de tratamento fiscal do ágio na legislação fiscal segundo o seu fundamento, está em que o ágio deve seguir o tratamento da motivação que lhe deu causa. Assim, se o ágio levou em consideração exclusivamente o valor de mercado de um ou mais bens do ativo da coligada ou controlada, o sobrepreço em que o ágio se traduz deve ser imputado aos bens especificamente considerados. Por outro lado, o ágio que se baseia exclusivamente em fundo de comércio, intangíveis ou em outras razões econômicas, deve ser imputado de modo direto e imediato àquele bem ou direito, individualmente considerado, como parte integrante do seu custo de aquisição para fins de apuração de ganho ou perda de capital na alienação ou no encerramento da empresa. No entanto, quando o ágio se baseia em perspectivas de rentabilidade futura da controlada ou coligada, precisamente porque o sobrepreço em que o ágio se traduz não é imputável exclusivamente a um determinado bem ou direito, de forma individualmente considerada, mas sim à empresa globalmente considerada, como uma universalidade de bens e direitos, que se desenvolve dinamicamente no tempo. Nesses casos, o ágio não é imputável às partes isoladas, mas sim ao todo em que a empresa se traduz, não podendo ser agregado ao custo de aquisição dos elementos patrimoniais que a integram, pelo que o tratamento fiscal do ágio consistiu em considerá-la como um ativo diferido suscetível de dedução fragmentada no tempo. Assinala que foi isso que ocorreu no presente caso;

i) assinala que, no presente caso, o ágio se baseia em perspectivas de rentabilidade futura da controlada ou coligada, sendo que o preço pago na aquisição das participações na LION e na NOIL não teve por fundamento um ou outro bem, individualmente considerado, mas sim empresas em atividade, seus bens, direitos, empregados, negócios atuais e perspectivas de negócios futuros, expansão das operações, aumento de eficiência e sinergias com as atividades da própria adquirente (Recorrente). Aqui refere que:

65. Isto mesmo fica evidente nas avaliações feitas pela adquirente (RECORRENTE) e que foram tomadas por base para a formulação da proposta de preço de compra das participações na LION e na NOIL.

66. Inclusive, em avaliação de 23 de novembro de 1999, intitulada "SOTREQ MERGER PROPOSAL", verifica-se uma projeção de receitas líquidas para o ano de 2004, após a união

das atividades de ambas as sociedades, muito superior à receita da SOTREQ isoladamente no ano de 1999 (cfr. Doc. 5 acostado à impugnação).

67. Igual conclusão surge da avaliação econômica realizada pelo perito Anderson de Amorim que conclui que "a Projeção do Resultado Econômico e do Cash Flow, expresso em dólares norte-americanos da Lion S.4., possui consistência nas principais premissas adotadas para a sua elaboração, suportando o valor atribuído à negociação nas ações do capital da sociedade no montante equivalente a US\$ 49.719.000,00 (quarenta e nove milhões, setecentos e dezenove mil dólares norte-americanos) e, a Projeção do Resultado Econômico e do Cash Flow, expresso em dólares norte-americanos consolidados indicam um valor após a unificação das operações de US\$ 153.871.000,00 (cento e cinquenta e três milhões, oitocentos e setenta e um mil dólares norteamericanos)" (cfr. doc. 6 acostado à impugnação).

j) ressalta que a lei fiscal exige que o lançamento contábil do ágio indique o seu fundamento econômico e que, sendo o fundamento econômico do ágio o valor de rentabilidade da coligada ou controlada ou o valor de mercado de bens do ativo da controlada ou coligada, que referido lançamento seja "(...) baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração" (art. 385, §3º do RIR). E que as avaliações por ela apresentadas à Fiscalização revestem precisamente à natureza substancial do demonstrativo a que a lei se refere e suportam o preço pago na aquisição dos investimentos na LION e na NOIL, avaliados em seu conjunto. Aqui assinala que:

71. Ambas as avaliações, frise-se, foram entregues e revisadas pela fiscalização, assim como o cálculo do ágio (documento intitulado "Goodwill Calculation") (cfr. doc.7 acostado à impugnação), constando referencia a estas no auto de infração que, não obstante, simplesmente as desconsiderou, justificando em conclusão que "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" (fls. 22, parte final do Termo de Constatação).

k) refere que, embora o acórdão recorrido determine um rol de elementos que deveriam estar presentes no demonstrativo apresentado pela fiscalizada (transcreve trecho), "a lei tributária vigente à época da ocorrência dos fatos geradores determina que o lançamento do ágio com fundamento em rentabilidade futura deverá ser baseado em demonstração", sendo que "a lei em momento algum requereu a elaboração de Laudo de Avaliação econômico-financeira por 3 peritos ou empresa especializada para a demonstração do lançamento do ágio ou para a legitimidade de sua amortização, e nem sequer elencou os elementos trazidos pelo acórdão". Tais requisitos, assinala, não constam da lei, nem de qualquer outra norma, mas apenas da interpretação do auto de infração e da decisão recorrida. Ressalta, também, que "a lei sequer estabelecia forma determinada para a apresentação desta demonstração, requerendo tão somente que o contribuinte demonstre a existência de rentabilidade futura que tenha justificado o pagamento de um ágio", observando que "a exigência de elaboração de laudo surgiu apenas a partir do art. 2º da MP 627/13, convertida na Lei 72.973/14 muito após a ocorrência dos fatos geradores do caso em questão, pelo que não se aplica a eles";

l) afirma que *"isto mesmo foi reconhecido recentemente por este CARF, como se verifica do trecho do voto do Acórdão nº 1201-001.438, proferido em sessão realizada em 07 de junho de 2016"*, transcrevendo extenso trecho do julgado. E acrescenta que a ausência de forma prevista em lei é reconhecida pelo próprio acórdão recorrido, igualmente transcrevendo excerto.

m) aduz que a lei se refere à demonstração da existência do fundamento do ágio - rentabilidade futura - que é utilizado para justificar o pagamento do ágio, pontuando que o valor da rentabilidade futura evidentemente não será idêntico ao valor do ágio, nem ao valor do preço de aquisição, pois se o preço fosse igual à rentabilidade do negócio nenhuma vantagem existiria ao comprador. Assim, *"as projeções de rentabilidade futura devem logicamente corresponder à expectativa do adquirente de ganhos na operação da controlada ou coligada, valor totalmente dissociado do preço e do ágio, mas superior a estes para justificar o sobrepreço do investimento"*;

n) defende que a projeção de rentabilidade futura foi devidamente demonstrada, alegando o que segue:

81. Ora, essa projeção de rentabilidade futura é precisamente o que consta das projeções constantes do documento intitulado "SOTREQ MERGER PROPOSAL", de 23 de novembro de 1999 e da avaliação econômica do perito Anderson Amorim de Amorim, que conclui que a Projeção do Resultado Econômico e do Cash Flow indicam um valor após a unificação das operações de US\$ 153.873.000,00 (cento e cinquenta e três milhões, oitocentos e setenta e um mil dólares norte-americanos).

82. Para fundamentar a rejeição a este último documento, o auto de infração invocou o fato de ser sido elaborado por um único perito, não estar assinado e ser datado de data posterior à dos projetos aportes (31 de maio de 2001), muito embora com anterioridade à transferência das ações. Nenhum desses fatos, contudo, constitui razão suficiente para justificar a desconsideração deste documento quando, como atrás se viu, a lei tributária não determinou a forma de apresentação da demonstração de rentabilidade futura.

83. Outras demonstrações, inclusive anexadas, foram elaboradas pelo próprio contribuinte ou peritos e emitidas posteriormente à aquisição, o que não afeta a validade também destes documentos, pois têm natureza meramente declaratória e não se trata de documento constitutivo de direito, conforme reconhece o Acórdão paradigma no trecho atrás citado.

84. A força probatória dos demonstrativos mesmo em relação a períodos anteriores à sua produção resulta, em primeiro lugar, do princípio da verdade material, que tem como corolários a livre apreciação das provas e a admissibilidade de todos os meios de prova e, em segundo lugar, da natureza declaratória desses documentos e da sua consequente eficácia retroativa.

o) aduz que esta natureza e esta eficácia são reconhecidas pela jurisprudência do CARF, fazendo referência aos acórdãos 1201-00.548 (de 03.08.2011, voto do Conselheiro Rafael Cordeiro Fuso), além de outros dois julgados.

Ao final, conclui que *"uma vez demonstrado que as avaliações apresentadas pela RECORRENTE revestem a natureza de demonstração, para fins do que dispõe o art.385 do RIR/99, há de se concluir pela total improcedência das glosas das despesas relativas à amortização do ágio apurado na aquisição dos investimentos na LION e na NOIL que, como visto, tiveram por fundamento exclusivamente a consideração pelos autos de infração de que tais avaliações eram inexistentes, já que foram por eles tidas como inadequadas"*.

E pede que o presente recurso seja *"admitido o presente recurso especial e no mérito provido, cancelando-se integralmente a autuação fiscal, por serem legítimas as deduções de amortização de ágio"*.

A Fazenda Nacional apresentou contrarrazões (e-fls. 2.839 e ss.), aduzindo, em essência, o que segue:

a) que a Fiscalização glosou a amortização do ágio pago pela recorrente nas aquisições dos investimentos na LION e NOIL por considerar que o fundamento econômico do ágio não foi a expectativa de rentabilidade futura (art. 386, III, §2º do RIR/99), mas sim fundo de comércio. Mas que mesmo que se considerasse atendido o requisito legal da demonstração de rentabilidade futura dos investimentos, os créditos tributários constituídos por meio do auto de infração continuam válidos, pois remanescem os fundamentos fático-jurídicos da não demonstração matemática dos valores pagos e falta de comprovação integral do pagamento do ágio da LION, que não foram infirmados, seja no Recurso Voluntário seja no Recurso Especial;

b) que não há prova do fundamento econômico do ágio, deixando consignado que, sendo a dedução do ágio benesse tributária, para ser autorizada deverá envolver a situação literalmente prevista no artigo 386 do RIR/99, assim como observar estritamente as condições estipuladas, sob pena de ser considerada indevida;

c) aduz, então, que, para gozar da dedutibilidade preconizada no artigo 386 do RIR/99, não basta a pessoa jurídica, por exemplo, simplesmente incorporar uma controlada na qual detenha participação societária com ágio. Entre as condições e requisitos previstos, deve essa pessoa jurídica ter efetivamente suportado o ágio por ele registrado, ou seja, o ágio deve existir, deve ter propósito negocial e substrato econômico a justificar a sua origem; deve também esse ágio ter como fundamento econômico a rentabilidade futura da controlada; o laudo que atesta esse fundamento econômico deve estar arquivado como comprovante da escrituração do ágio; por fim, a sua amortização deverá obedecer o mínimo de 1/60 para cada mês do período de apuração. Além disso, para existir, o ágio ou deságio deve sempre ter como origem um propósito negocial (aquisição de um investimento) e, assim, um substrato econômico (transação comercial). Somente registros escriturais, por exemplo, não podem ensejar o nascimento dessa figura econômica e contábil.

É o relatório.

Voto

Conselheira Adriana Gomes Rêgo - Relatora

Os recursos da Fazenda Nacional e da Contribuinte são tempestivos, assim como as respectivas contrarrazões. Conheço do recurso da Contribuinte e adiante enfrento a preliminar de inadmissão do Recurso Especial da Fazenda Nacional.

Antes de enfrentar os recursos da Fazenda e da Contribuinte, anoto que, como relata o acórdão recorrido, foram duas as infrações autuadas no presente processo:

(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 autuação da primeira infração foi mantida pelo acórdão recorrido, sendo objeto do recurso especial da Contribuinte, ao passo que a autuação da segunda infração foi afastada pelo acórdão recorrido, sendo objeto do recurso especial da Fazenda.

Por bem resumir os fatos consignados no Termo de Constatação Fiscal (e-fls. 1.802 e ss., que consta no documento intitulado "Documentos Diversos - Outros - Volume 10 do e-processo, fls. 1.802 e ss. do processo papel), valho-me da síntese trazida no acórdão da DRJ que julgou a impugnação (grifos originais):

*A presente ação fiscal teria se iniciado na pessoa jurídica **SOTREQ S.A., CNPJ nº 61.064.689/0001-02 (Fiscalizada)**, empresa que, em 30/06/2009, foi incorporada pela CABO EMPREENDIMENTOS S.A. (**holding da SOTREQ**), CNPJ nº 34.151.100/0001-30, tendo a incorporadora alterado sua razão social para SOTREQ S.A.*

A Fiscalizada - SOTREQ S.A., CNPJ nº 61.064.689/0001-02, tinha como atividades preponderantes a representação comercial dos produtos da linha Caterpillar, produzidos no Brasil pela CATERPILLAR BRASIL LTDA., ou no exterior por quaisquer fábricas CATERPILLAR INC., a importação, a exportação, o aluguel, a manutenção e o reparo de máquinas em geral e de suas partes e acessórios, bem como a prestação de serviços técnicos relacionados com esses produtos, por intermédio de suas filiais.

*A investigação diz respeito à verificação da regularidade da contabilização e da amortização dos ágios pagos pela **SOTREQ S.A., CNPJ nº 33.081.712/0001-31**, e pela **CABO EMPREENDIMENTOS S.A. (holding da SOTREQ)**, CNPJ nº*

34.151.100/0001-30, na aquisição em **março de 2001**, de participações societárias de titularidade da CATERPILLAR DAS AMÉRICAS Co. - CACo, respectivamente, na LION S.A., CNPJ nº 61.064.689/0001-02, e na NOIL PARTICIPAÇÕES E COMÉRCIO S.A. (**holding** da LION), CNPJ Nº 01.352.859/0001-22.

As participações adquiridas eram de titularidade da NOIL (holding e controladora da LION) e da CATERPILLAR AMÉRICAS Co -CACo, empresa sediada no exterior (USA), controladora da NOIL, e com a qual a SOTREQ e a LION tinham **contratos de distribuição** exclusiva dos produtos CATERPILLAR, em regiões determinadas do território nacional. A SOTREQ, sediada no Rio de Janeiro/RJ, atuava nos Estados de RJ, ES, MG, GO, TO, PA e AP. Já a LION, sediada em Sumaré/SP, era distribuidora dos produtos CATERPILLAR nos Estados de SP, MT, MS, RR, AC e AM.

Após a alienação das participações societárias, a SOTREQ (CNPJ nº 33.081.712/0001-31), adquirente/investidora, teria sido incorporada em **junho de 2001**, pela LION (CNPJ nº 61.064.689/0001-02), alienada/investida, tendo se tornado dedutível, nos termos da legislação de regência, o ágio contratado pela SOTREQ na aquisição do investimento. A partir da operação de incorporação, a incorporadora LION teria alterado a denominação social para SOTREQ S.A., a qual, para melhor elucidação dos fatos, será denominada, no presente julgamento, de NOVA SOTREQ.

Da mesma forma, em **dezembro de 2002**, teria se operado a cisão parcial da CABO, CNPJ nº 34.151.100/0001-30, com a incorporação do patrimônio cindido -no qual se incluiu o investimento adquirido na NOIL e o ágio correspondente - à própria NOIL, CNPJ nº 01.352.859/0001-22. Na seqüência, a NOIL também foi incorporada pela SOTREQ - NOVA SOTREQ, CNPJ nº 61.064.689/0001-02, tornando-se dedutível também o ágio contratado pela CABO na aquisição do investimento, em março de 2001.

Recurso Especial da Fazenda Nacional - Preliminar de Inadmissibilidade

Em preliminar trazida em suas contrarrazões, a Contribuinte alega que o recurso fazendário não deve ser admitido porque falta similaridade entre os acórdãos recorrido e paradigma. Assevera que, embora ambos tratem de casos de absorção de prejuízos fiscais, foram firmados sobre bases distintas, na medida em que o acórdão paradigma "*tem como ponto central a presença de prática simulada pelo contribuinte*", o que não ocorre no presente caso.

Compulsando-se o acórdão paradigma (de nº CSRF/01-02.107), vê-se que ali se manifesta o entendimento de que a norma tributária permite que, após incorporação, a empresa sucessora (ou seja, incorporadora) compense os prejuízos que já tinha ante lucros que passe a ter após absorver a sucedida (ou seja, a incorporada). Vê-se que se decidiu afastar a compensação de prejuízos levada a cabo, por se concluir que a operação de incorporação levada a cabo era artificial, simulada, uma vez que, na verdade, a declarada incorporadora era a incorporada (e vice-versa). Ou seja, não foram as empresas deficitárias que incorporaram a

lucrativa (REXNORD CORRENTES), mas o contrário, o que é vedado. Confira-se (sublinhou-se):

O que se discute é a possibilidade, ou não, de, após sucessivas incorporações, se compensar prejuízos fiscais de titularidade de uma empresa (no entender da Câmara recorrida, incorporada; para o recorrente, incorporadora) com o lucro de outra (para a Câmara "a quo", incorporadora; na ótica do reclamante, incorporada).

O cerne da questão, portanto, está em se saber se houve, ou não, à luz das provas trazidas aos autos, as incorporações preconizadas pela recorrente, isto é, se em todas as operações descritas nos autos, a empresa REXNORD CORRENTES LTDA. foi de fato e de direito incorporada pelas demais pessoas jurídicas envolvidas.

Se essa for a conclusão, deve-se dar provimento ao recurso especial aqui interposto, ao amparo do PN CST nº 10/81, item 5.3: "...nada obsta a que a empresa sucessora [REXNORD DO BRASIL INDÚSTRIA LTDA. ou REXNORD DO SUL LTDA. ou REXNORD DO RIO GRANDE LTDA. ou UNIÃO MINAS EMPREENDIMENTOS LTDA.] continue a gozar do direito a compensar seus próprios prejuízos anteriores à data da absorção..."

Por outro lado, se se concluir que, In casu, "a incorporadora de direito" sempre foi "a incorporada de fato" , deve-se adotar outra decisão, pois todo procedimento estará eivado de artificialidade, a partir de um planejamento tributário, para evitar o pagamento do imposto de renda. Por isso, na ausência da excepcionalidade prevista nos artigos 384 ou 385 do RIR/80 (dispositivos esses à época revogados) e não se podendo homologar a simulação (no dizer do ilustre relator da Câmara recorrida, a prática ilícita), o mesmo deve ser improvido.

(...)

Da definição legal, fica claro: "no ato de incorporação, a incorporadora absorve o patrimônio da incorporada; ato contínuo, extingue-se a incorporada e a incorporadora lhe sucede em todos os direitos e obrigações".

Agora é de se perguntar: e nos presentes autos, a cada operação de incorporação, a atuada (que se diz incorporada) foi extinta? Quem incorporou o patrimônio de quem?

A meu ver, os fatos descritos no relatório não deixam nenhuma dúvida: "a empresa rica (REXNORD CORRENTES LTDA.) sistematicamente incorporou de fato as empresas pobres". Nunca a REXNORD deixou de existir. Extintas foram as outras empresas, cindidas parcialmente e por ela incorporadas. Firmo esse entendimento pelos seguintes motivos:

(...)

Finalizando, e sem querer ser cansativo, repito:

a) as "INCORPORAÇÕES", sutilmente realizadas ao final de cada ano (21.09.83, 28.12.84, 27.11.86 e 16.10.86), envolvendo uma empresa rica e outras que tradicionalmente apresentavam elevados prejuízos fiscais, tiveram um único propósito: o de não pagar o imposto devido;

b) na prática, ao contrário da manifestação expressa pelas partes, a empresa rica (REXNORD CORRENTES LTDA.) jamais deixou de existir e nunca interrompeu as suas atividades econômicas;

c) os sócios, ao arrepio da lei, alterando apenas o nº do CGC, arquitetaram "INCORPORAÇÕES/PAPEL". A manobra propiciou a compensação de elevados prejuízos fiscais das incorporadas (empresas pobres) com o lucro da incorporadora (empresa rica), resultando daí imposto de renda zero durante cinco exercícios financeiros;

d) a interpretação do direito tributário deve ser feita abstraindo-se da validade jurídica dos atos efetivamente praticados, para considerar os verdadeiros efeitos econômicos subjacentes nesses atos e que se procuram mascarar;

e) não se pode homologar a simulação (no dizer do ilustre Conselheiro Relator do Acórdão recorrido, a prática ilícita), sob pena de afronta aos princípios mais elementares de direito.

Ou seja, buscou o relator do acórdão paradigma verificar se houve, de fato, uma incorporação, ou se a incorporação foi só direito, em um arranjo em que, na verdade, a incorporadora de fato foi a incorporada de direito.

No acórdão recorrido também se afirma a possibilidade de a empresa com prejuízos incorporar empresa lucrativa e compensar seus prejuízos anteriores (compensação de prejuízos em incorporação às avessas).

É bem verdade que a Fiscalização não utilizou a expressão "Simulação", tampouco qualificou a multa. Mas fundamentou a sua autuação, conforme item 69 do seu Termo de Constatação, no entendimento do STJ que fez juntar aos autos às fls. 1.829/1.830, segundo o qual, apesar de não haver lei que vedasse expressamente a operação, uma incorporação invertida é considerada ilegal, posto que caracterizada uma "simulação".

No caso em apreço, a Fiscalização apontou que a incorporadora Lion era deficitária e a incorporada, Sotreq, superavitária; disse que os administradores da incorporada Sotreq é que passaram a administrar a incorporadora Lion; afirmou que o objetivo do negócio foi exclusivamente para compensar prejuízos de períodos anteriores; constatou que as atividades da incorporada continuaram plenamente funcionais. E a partir dessa reunião de indícios concluíram que efetivamente foi a Sotreq que incorporou a Lion. Ou seja, que a incorporadora de direito era a Lion, e que a de fato seria Sotreq.

Em face de tudo isso, a Fiscalização expressamente consignou que a operação era ilegal.

Aliás, todos os lançamentos de ofício de glosa de prejuízos e bases negativas de CSLL em razão da constatação de incorporação invertida ou às avessas é sempre calcada em uma desconsideração dessa operação, porque, de fato, nunca houve lei expressa vedando. Daí porque, no item 78 da Impugnação (fl. 1.879, vol. 10), a contribuinte se defende nos seguintes termos: "Tivesse a operação em exame consistido em uma 'disfarçada' incorporação da LION pela SOTREQ, como afirmam os autos de infração..."

Em todos esses casos, a discussão paira sobre a seguinte pergunta: quem incorporou quem?

Entretanto, o Relator do acórdão recorrido chegou à conclusão de que não se estava diante de simulação e como não havia óbice na lei a tal incorporação, reconheceu-a como válida e lícita. Confira-se:

*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 feito **exclusivamente** por motivos fiscais, tanto no âmbito federal, como municipal, para a manutenção dos benefícios fiscais concedidos. Considerou, assim, passível de desconsideração 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.

(...)

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):

(...)

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:

(...)

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/0105.413, sessão de 20 de março de 2006:

(...)

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.

Assim, diante de uma situação de incorporação às avessas, um colegiado entendeu ser lícita a operação, porque não havia lei expressa vedando, enquanto o outro entendeu pela sua ilicitude, porque considerou a situação simulada.

Rejeita-se, portanto, a preliminar de não conhecimento do recurso da Fazenda Nacional.

Recurso Especial da Fazenda Nacional - Mérito

O recurso da Fazenda Nacional versa sobre a segunda infração, correspondente à glosa da compensação de prejuízos compensados indevidamente, em razão do evento de "incorporação" da empresa superavitária, por empresa deficitária, visando contornar a vedação legal prevista no art. 514 do RIR/99.

Conforme anotado no início do presente voto, a SOTREQ S.A. tinha como atividade preponderante a representação da CATERPILLAR (fabricante de máquinas com unidades no exterior e no Brasil), tendo adquirido da CATERPILLAR DAS AMÉRICAS Co, em março de 2001, participações societárias na LION S.A. e na NOIL PARTICIPAÇÕES E COMÉRCIO S.A. (holding da LION). Tanto a SOTREQ quanto a LION tinham contratos de distribuição exclusiva dos produtos CATERPILLAR em regiões determinadas do território nacional (a SOTREQ, sediada no Rio de Janeiro/RJ, atuava nos Estados de RJ, ES, MG, GO, TO, PA e AP; enquanto a LION, sediada em Sumaré/SP, era distribuidora dos produtos CATERPILLAR nos Estados de SP, MT, MS, RR, AC e AM).

Após essas aquisições, a adquirente/investidora SOTREQ foi incorporada, em junho de 2001, pela alienada/investida LION. Após a incorporação, a incorporadora LION alterou sua denominação social para SOTREQ S.A. Em junho de 2002, a NOIL também foi incorporada pela (nova) SOTREQ S.A.

Tendo a LION prejuízo fiscal acumulado e base de cálculo negativa de CSLL acumuladas, a (nova) SOTREQ S.A., passou a compensar esses prejuízos fiscais/bases negativas de CSLL, o mesmo ocorrendo em relação à NOIL.

A Fazenda alega, em apertada síntese, que o fato de a LION (empresa deficitária, com prejuízos acumulados) ter incorporado a SOTREQ (empresa superavitária, sem prejuízos fiscais acumulados), teve o propósito único de suplantar o óbice imposto no art. 514 do RIR/99, o qual veda a pessoa jurídica sucessora por incorporação, fusão ou cisão compensar os prejuízos fiscais da sucedida. Assim, trazendo à baila o art. 118 do CTN ("*a definição legal do fato gerador deve ser interpretada abstraindo-se: I- da validade jurídica dos atos efetivamente praticados pelos contribuintes, responsáveis, ou terceiros, bem como da natureza do seu objeto ou dos seus efeitos; II- dos efeitos dos fatos efetivamente ocorridos*"), refere a Fazenda que, no caso, "*negou-se a produção de efeitos relativos à incorporação porque esta apresentou a finalidade exclusiva de, ao arripio da lei, possibilitar a compensação de prejuízos de empresa deficitária por empresa operacional, em burla ao art. 514 do RIR/99*", concluindo a Fazenda com a afirmação de que "*o v. acórdão proferido em primeira instância*

não merece qualquer retoque, revelando-se em consonância com o entendimento desde Conselho Administrativo de Recursos Fiscais".

A Contribuinte, por seu turno, alega que não há vedação legal à prática da incorporação reversa e que, para que se pudesse concluir que a incorporadora foi, de fato, incorporada, "*seria necessária a demonstração cabal de prática simulada ou fraudulenta*", o que não teria ocorrido, elencando as razões negociais para que a LION incorporasse a SOTREQ.

Pois bem, no caso dos autos tem-se como fato incontroverso que a empresa LION, era deficitária, com prejuízos acumulados, e a Sotreq, era uma empresa superavitária, o que fez a Fiscalização concluir que o normal seria a Sotreq assumir os negócios da Lion.

No item 6 do Termo de Constatação, a Fiscalização transcreve resposta da contribuinte recebida em 26/4/2010, explicando as operações. Nessa resposta, a então Fiscalizada, aduz que de acordo com o Segundo Memorando de Entendimentos, a Sotreq deveria:

[...]

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

No item 63 do seu Termo de Constatação, a Fiscalização destaca desse "Segundo Memorando de Entendimentos", mais um trecho que corrobora a sua tese pois nele consta expressamente que:

"a Sotreq garante e concorda que, pela administração dos negócios da Lion, aquisição da participação da Caterpillar na Lion e assunção de benefícios financeiros imediatos e de longo prazo associados a esse(s) contrato(s), ela assume todas as responsabilidades e obrigações passadas incorridas pela Lion".

Ou seja: Sotreq assume Lion e não Lion assume Sotreq.

No item 68 do mesmo Termo de Constatação, a Fiscalização observa, a partir da Ata da Assembléia Geral Extraordinária na Lion, que a Lion destituiu os componentes de seu conselho de administração e nomeou aqueles da Sotreq.

Assim, nas próprias respostas que a Contribuinte forneceu à Fiscalização, com respectivos documentos, evidencia-se que efetivamente foi a Sotreq que incorporou a Lion, tanto é que após a incorporação, a Lion adotou a razão social da Sotreq e as atividades da Sotreq continuaram sendo desenvolvidas "nos moldes que já aconteciam" antes.

A Contribuinte por sua vez aduz que as razões não são meramente fiscais, e justifica suas razões por estratégias empresariais: unir ambas as empresas para se ter um único distribuidor dos produtos CATERPILLAR no país.

Contudo, é se de reconhecer que se a Sotreq incorporasse a Lion, tal objetivo também seria alcançado.

A segunda e terceira razão para a operação seria o fato de a Lion já ter sede em São Paulo que, por ser o principal centro de negócios no país, preservaria os inúmeros contratos em vigor, e ainda aproveitaria os benefícios fiscais de isenção do ISS de que gozava a Lion. E tanto isso seria verdade que a sede da autuada permaneceu em Sumaré, sede da Lion.

Com a devida vênia, nada impedia que Sotreq incorporando Lion, a sede fosse alterada para São Paulo, se outras tantas alterações foram efetuadas. Certamente, e até pelo maior porte que tinha a Sotreq em relação à Lion, também problemas contratuais e de empregados adviriam com a incorporação inversa. E se o motivo foi aproveitar, além da compensação de prejuízos e bases negativas, também a isenção do ISS de que gozava a Lion, resta corroborada a tese de que a finalidade foi exclusivamente fiscal.

O fato é que ao mudar a razão social para o nome da incorporada, ao fazer a gestão a partir dos gestores da incorporada, fica, de fato, evidenciada, que a empresa robusta, com superávit, é que incorporou a outra, aliás, extremamente deficitária. Ou seja, revela-se que o negócio que efetivamente ocorreu não é aquele formalmente realizado. Assim, para as relações comerciais, quem estava realizando as operações era a nova Sotreq. Mascarou-se, com efeito, a realidade.

A decisão de primeira instância observou (fls. 66 e seguintes da própria peça) que a circunstância que o precedente do STJ - REsp 946.707 - citado pela Fiscalização e trazido no inteiro pela defesa - considerou como determinante para a desconsideração da operação de incorporação realizada foi o fato de, naqueles autos, a incorporadora ter patrimônio líquido inferior à incorporada, além de prejuízos acumulados.

Fazendo, então, um paralelo com o caso dos autos, a partir dos documentos acostados na Impugnação relativos ao Contrato de Compra e Venda de Ações, assim concluíram os julgadores da DRJ:

Na verdade, sem o investimento inicial da SOTREQ de US\$ 37.724.000,00, a relação entre os valores de mercado das empresas revela uma grande desproporção: US\$ 25.000.000,00 LION e US\$ 152.724.000,00 SOTREQ (US\$ 115.000.000,00 + US\$ 37.724.000,00), ou seja, do total do negócio combinado 14% seria representado pelo patrimônio da LION e 86% pelo patrimônio da SOTREQ. É nesse contexto que se coloca a questão: como poderia a LION, empresa com valor de mercado de US\$ 25.000.000,00, e deficitária, ter incorporado a SOTREQ, empresa com valor de mercado de US\$ 152.724.000,00, no mínimo, 6 vezes maior, e lucrativa? (Sublinhou-se)

E dessa decisão ainda cabe destacar os seguintes trechos:

No caso em apreço, após a incorporação, também houve **alteração da denominação** no sentido de a incorporadora LION adotar a denominação social da incorporada SOTREQ.

Apenas aparentemente tal fato é de somenos importância, na medida em que tem implicações relevantes nas operações de mercado, nas quais vigora a teoria da aparência. Doutrinadores apontam, como fundamentos da teoria da aparência, a necessidade de se conferir segurança às operações jurídicas e a prevalência da boa-fé, determinante da decisão tomada pelo agente. É por esta boa-fé que se deve atribuir valor ao ato levado a efeito por alguém “enganado” por uma situação jurídica contrária à realidade, mas revestida exteriormente por características de uma situação jurídica verdadeira. Isto implica dizer que o sujeito que enseja uma situação jurídica enganosa não pode pretender que seu direito prevaleça sobre o direito de quem depositou confiança na aparência.

No caso, a alteração da denominação social da incorporadora não visa a enganar ou prejudicar os agentes de mercado, mas cria uma **realidade contrastante com a forma** adotada para a realização da operação – na qual a SOTREQ incorporada é extinta, e a LION permanece em atividade. Para o mercado, devido a alteração da denominação da incorporadora de LION para SOTREQ, a empresa extinta foi a LION.

No entanto, o endereço da matriz da incorporadora foi mantido em Sumaré/SP e, não se pode dizer que toda a atividade empresarial deriva da incorporada SOTREQ, haja vista que ambas as pessoas jurídicas desempenhavam praticamente as mesmas atividades empresariais (dentre as quais se destaca a representação da CATERPILLAR no Brasil).

Para Douglas Yamashita, o fato de a incorporadora deficitária trocar sua razão/denominação social pela da incorporada lucrativa, mudar sua sede para o endereço da incorporada lucrativa e trocar seus administradores pelos da incorporada lucrativa não contradiz o princípio da sucessão universal que rege a incorporação de empresas. Defende o Ilmo. Doutrinador que tais fatos apenas seriam relevantes se a incorporação fosse regida pelo princípio da extinção, o que não é o caso.

Entretanto, não se pode deixar de mencionar que a restrição legal quanto à possibilidade de compensação, pela incorporadora, de prejuízos fiscais das pessoas jurídicas incorporadas, quebra justamente com o princípio da sucessão universal, ao dispor expressamente que “a pessoa jurídica sucessora por incorporação, fusão ou cisão não pode compensar prejuízos fiscais da sucedida”. Nesse contexto, data vênias as lições do Ilmo. Doutrinador, adquire relevância, sim, saber qual das sociedades envolvidas numa operação de incorporação deve ser qualificada como incorporadora – que assim, poderá compensar os seus próprios prejuízos –, e a sociedade que deve ser qualificada como incorporada – que será extinta e, conseqüentemente, não poderá compensar seus próprios prejuízos.

Com efeito, a partir do momento em que o legislador estabeleceu a vedação de que trata o art. 33 do Decreto-lei nº 2.341, de 29 de junho de 1987, que abaixo transcreve-se, tem-se em nosso ordenamento jurídico uma previsão legal expressa que é contrária ao princípio da sucessão universal, senão vejamos:

Art. 33. A pessoa jurídica sucessora por incorporação, fusão ou cisão não poderá compensar prejuízos fiscais da sucedida.

Parágrafo único. No caso de cisão parcial, a pessoa jurídica cindida poderá compensar os seus próprios prejuízos, proporcionalmente à parcela remanescente do patrimônio líquido.

Assim, seja qual for a denominação jurídica que se queira dar, chamando ou não a operação de simulada, o fato é que resta flagrantemente evidenciado que o negócio jurídico ora analisado caracteriza-se como uma incorporação às avessas, essa concebida com o

intuito de burlar a vedação do citado art. 33 do Decreto-lei nº 2.341, de 1987, motivo pelo qual deve ser considerada ilícita sob o ponto de vista tributário.

Recurso Especial da Contribuinte

O recurso da Contribuinte versa sobre a primeira infração, correspondente à glosa das despesas com amortização de ágio.

Em relação a essa infração, entendendo a Fiscalização que não foram apresentados os necessários demonstrativos de rentabilidade futura (conforme exigido no inciso II do § 2º do art. 385 do RIR/1999), concluiu que o ágio decorria de fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas (inciso III do § 2º do art. 385 do RIR/1999), o qual não é amortizável e, assim, não seria dedutível na apuração do IRPJ e da CSLL (inciso II do art. 386 do RIR/1999).

O Termo de Constatação lavrado pela Fiscalização se encontra às e-fls. 1.802 e ss. (no documento intitulado "Documentos Diversos - Outros - Volume 10 do e-processo, fls. 1.802 e ss. do processo papel).

Como esclarecido no acórdão recorrido, *"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)"*.

Alega a Contribuinte, em síntese, que o ágio pago nas aquisições da LION e da NOIL se baseia em projeção de rentabilidade futura, a qual foi demonstrada, sendo que, embora o acórdão recorrido determine um rol de elementos que deveriam estar presentes no demonstrativo apresentado, *"a lei em momento algum requereu a elaboração de Laudo de Avaliação econômico-financeira por 3 peritos ou empresa especializada para a demonstração do lançamento do ágio ou para a legitimidade de sua amortização, e nem sequer elencou os elementos trazidos pelo acórdão"*.

Em contrarrazões, a Fazenda Nacional aduz, resumidamente, que, sendo a dedução do ágio benesse tributária, para ser autorizada deverá observar estritamente as condições legais estipuladas, sob pena de ser considerada indevida, sendo que, no presente caso, não há prova do fundamento econômico do ágio.

O art. 385 do RIR/1999 estabelece que o lançamento do ágio deve indicar a razão econômica que levou o seu pagamento, a qual, por seu turno, deve estar demonstrada em um documento arquivado em comprovação. No caso de o fundamento econômico do ágio se assentar em perspectiva de rentabilidade futura, o lançamento do ágio deve indicar o "valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros". Confira-se (sublinhou-se):

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.

Embora assista razão à Contribuinte quando afirma que a lei então vigente não estabelecia uma forma determinada para a apresentação da demonstração de que aqui se trata, e, nesse sentido, não se podia exigir documento na forma de laudo assinado por três peritos, também acerta a Turma *a quo* quando assenta no acórdão recorrido que "*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*". Como bem se assinala ali, "*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*".

Nesse quadrante, em primeiro lugar, deve o documento demonstrar o valor econômico-financeiro que alcança a participação societária que se está adquirido, quando se considera as perspectivas de rentabilidade futura da empresa em que se está fazendo o investimento.

É precisamente a diferença entre esse valor e o valor de patrimônio líquido da participação societária em aquisição, diferença que aqui vamos chamar de sobrevalor, advindo das perspectivas de rentabilidade futura da investida, que vai caracterizar o sobrepreço pago na aquisição da participação societária como ágio por expectativa de rentabilidade futura, e, assim, possibilitar a dedução de sua amortização na apuração do IRPJ e da CSLL.

É claro que o sobrepreço pago na aquisição da participação societária pode vir a ser maior do que o sobrevalor advindo das perspectivas de rentabilidade futura da investida. Nesse caso, o ágio por expectativa de rentabilidade futura dedutível encontra limite no sobrevalor advindo das perspectivas de rentabilidade futura. É dizer, não se pode deduzir amortização correspondente à parte do sobrepreço que não decorre de expectativa de rentabilidade futura, simplesmente porque essa parcela não constitui ágio por expectativa de rentabilidade futura.

Se, por outro lado, ocorrer o contrário, isto é, caso o sobrepreço pago na aquisição da participação societária venha a ser menor do que o sobrevalor advindo das perspectivas de rentabilidade futura, o ágio por expectativa de rentabilidade futura dedutível encontra limite no sobrepreço efetivamente pago. Em outras palavras, não se pode deduzir amortização da parte do sobrevalor que, por algum motivo, não se traduziu em ágio pago.

Vê-se, portanto, que a objetiva e precisa determinação e demonstração do valor econômico-financeiro da participação societária em aquisição a partir das perspectivas de rentabilidade futura da empresa é crucial para a fixação dos efeitos tributários do pagamento do ágio correspondente. E constitui ônus da adquirente. Não basta, assim, estimá-lo de forma subjetiva, é preciso determiná-lo, e demonstrá-lo, matematicamente, de forma precisa. E arquivar a documentação em que isso é feito. Só assim o ágio restará quantificado e demonstrado. Só assim sua amortização poderá ser deduzida na apuração do IRPJ e da CSLL.

Socorrendo-me do Dicionário Eletrônico Houaiss (verbete "demonstração") assinalo que "demonstrar" aqui pressupõe a exposição de um "*raciocínio que torna evidente o caráter verídico de uma proposição, ideia ou teoria*". É dizer, não se trata aqui de meramente afirmar certo valor econômico-financeiro a partir de certas premissas, mas determiná-lo matematicamente, evidenciando como a ele se chegou. No amplamente aceito e difundido método do Fluxo de Caixa Descontado ("*Discounted Cash Flow*"), por exemplo, o valor da empresa é determinado pelo fluxo de caixa descontado por uma taxa que reflita o risco associado ao investimento.

Nesse caminho, uma vez que o valor econômico-financeiro da participação societária que se está adquirindo decorre das perspectivas de rentabilidade futura da investida, é imprescindível que a demonstração desse valor se construa matematicamente a partir das projeções de rentabilidade esperada. Como bem pontuou a decisão recorrida, louvando-se na doutrina de Luís Eduardo Schoueri (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*".

No aspecto temporal, deve a demonstração do ágio por rentabilidade futura ser contemporânea à aquisição da participação societária com ágio, não havendo sentido em se admitir fundamentação da rentabilidade futura *a posteriori*. A determinação do valor econômico-financeiro da participação societária deve preceder a aquisição com ágio, não podendo se sustentar que primeiro se pague o ágio, para que depois se venha a justificá-lo.

Vale trazer à baila o que deixou assentando o então Conselheiro João Otávio Oppermann Thomé no acórdão nº 1102-001.104 (2ª Turma Ordinária da 1ª Câmara da 1ª Seção, 7 de maio de 2014):

De início, registre-se que a lei não exige propriamente a produção de um laudo que ateste a rentabilidade futura da coligada ou controlada, senão antes exige uma mera "demonstração" desta rentabilidade futura — a qual, por certo, também se pode materializar em um laudo.

Contudo, a lei exige que essa demonstração seja arquivada como comprovante da escrituração do fundamento do ágio.

Escrituração, a qual, aliás, também obrigatoriamente deve indicar o fundamento econômico do ágio, já no momento da aquisição de participação societária.

Analisadas em conjunto essas duas disposições legais obrigatórias, percebe-se claramente que o fundamento econômico do ágio há de ser determinado antes — ou, no máximo, até o momento — da aquisição. Trata-se, ainda, de uma questão de ordem lógica: não faz sentido imaginar que o fundamento econômico determinante para o pagamento de um ágio somente possa ter-se tornado conhecido após a operação de compra. Ora, se somente tornou-se conhecido após a aquisição, não pode ter sido ele o fator determinante para o pagamento ocorrido.

Assim, a prova de que foi a rentabilidade futura a razão do pagamento do ágio incumbe obrigatoriamente à empresa que por ele pagou, e tal prova há de ser feita com documentos contemporâneos aos fatos.

Dito isso, comungo da conclusão a que chegou a Turma recorrida no sentido de que a Contribuinte não logrou comprovar que, ao tempo da aquisição, foi arquivada documentação que demonstra de forma efetiva o valor econômico-financeiro da participação societária em aquisição a partir das perspectivas de rentabilidade futura. E, como se viu, isso era ônus seu, não se podendo admitir, assim, a dedução de amortização do ágio correspondente.

Alega a Contribuinte que a projeção de rentabilidade futura "*é precisamente o que consta das projeções constantes do documento intitulado 'SOTREQ MERGER PROPOSAL', de 23 de novembro de 1999 e da avaliação econômica do perito Anderson Amorim de Amorim, que conclui que a Projeção do Resultado Econômico e do Cash Flow indicam um valor após a unificação das operações de US\$ 153.873.000,00 (cento e cinquenta e três milhões, oitocentos e setenta e um mil dólares norte-americanos)*". E indica que esses documentos se encontram no "Doc. 5" e no "Doc. 6" anexados à Impugnação.

Pois bem, o documento "Projeção do Resultado Econômico e do *Cash Flow*" (Doc. 6 da Impugnação, e-fls. 2.038 e ss., que consta no documento intitulado "Documentos Diversos - Outros - Volume 11 do e-processo, fls. 2.032 e ss. do processo papel), foi apresentado à Fiscalização durante o procedimento fiscal. Vale reproduzir o que consta na página inicial desse documento para bem identificá-lo:

DOC. 6

MINUTA PARA DISCUSSÃO
SUJEITA A ALTERAÇÃORio de Janeiro, 31 de maio de 2001.
D-117/01A
Sotreq S.A.
Nesta

Att.: Sr. Hélio Cardoso

Ref.: Projeção do Resultado Econômico e do *Cash Flow*.

Prezados Senhores,

Conforme os termos de nossa proposta de serviço, procedemos à revisão do relatório de Projeção do Resultado Econômico e do *Cash Flow*, expresso em dólares norte-americanos, que contempla as entidades Sotreq S.A. e Lion S.A. de forma individual e também consolidada, preparadas pela Sotreq S.A., com o objetivo de expressar nosso entendimento sobre:

- a consistência das premissas adotadas para a elaboração dos mencionados relatórios;
- a metodologia de cálculo empregada para a obtenção do fluxo de caixa descontado e do valor presente líquido, e
- o resultado dos cálculos assim efetuados.

Adicionalmente, também efetuamos uma leitura dos balancetes preliminares das empresas investidora e investida e dos estatutos, buscando a obtenção de maiores informações sobre os negócios e a sua gestão.

Sobre esse documento, que se encontra às e-fls. 835 e ss. ("Volume - V5" do e-processo, fls. 834 e ss. do processo papel), a Fiscalização concluiu o que segue (conforme Termo de Constatação, que se encontra às e-fls. 1.802 e ss., no documento intitulado "Documentos Diversos - Outros - Volume 10 do e-processo, fls. 1.802 e ss. do processo papel, grifos originais):

44. Em resposta recebida em 23/08/2010 a fiscalizada relacionou os documentos que, segundo ela, seriam os laudos de avaliação econômico-financeira, o fundamento econômico e o demonstrativo de rentabilidade futura, os quais comentaremos a seguir.

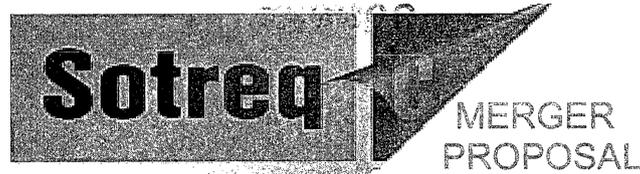
45. Projeção do Resultado Econômico e do Cash Flow (LION e SOTREQ), elaborado pelo perito Anderson Amorim de Amorim, em 31 de maio de 2001 (doc. 6 da resposta recebida em 26/04/2010).

Observações da Fiscalização:

- *É um documento de 6 folhas, genérico, encimado com os dizeres "MINUTA PARA DISCUSSÃO - SUJEITA A ALTERAÇÃO".*
- *O documento foi elaborado posteriormente aos aportes supostamente realizados em março de 2001 (parte dos US\$ 25 milhões) e apenas por 1 perito, sendo que a cópia apresentada sequer está assinada.*
- *O documento contempla apenas a LION e a SOTREQ, não a NOIL.*

• ***Não há qualquer demonstrativo de rentabilidade futura.***

Também o documento "SOTREQ MERGER PROPOSAL", de 23 de novembro de 1999 (Doc. 5 da Impugnação, e-fls. 1.939 e ss., que consta no documento intitulado "Documentos Diversos - Outros - Volume 10 do e-processo, fls. 1.933 e ss. do processo papel), foi apresentado à Fiscalização durante o procedimento fiscal. Vale reproduzir o que consta na página inicial desse documento para bem identificá-lo:



Presentation to George Beckwith

November 23rd, 1999

Sobre esse documento, que se encontra às e-fls. 702 e ss. ("Volume - V4" do e-processo, fls. 701 e ss. do processo papel, sendo de se assinalar que a partir das e-fls. 751 se encontra a versão em português, intitulada "PROPOSTA DE INCORPORAÇÃO"), a Fiscalização concluiu o que segue:

51. A fiscalizada não relacionou, em sua resposta recenda em 23/08/2010, como laudo de avaliação econômico-financeira, o fundamento econômico e o demonstrativo de rentabilidade futura, o doc. 2 (ACORDO PRELIMINAR DE INTENÇÕES assinado em 25/10/1999 pela SOTREQ e LION) e o doc. 3 (PROPOSTA DE INCORPORAÇÃO) da resposta recebida em 26/04/2010. A fiscalização observa que os documentos acabaram não gerando resultados, conforme consta nos Itens 7 e 8 da resposta, tendo sido elaborados 17 (dezessete) meses antes das operações (março/2001) A PROPOSTA DE INCORPORAÇÃO apresenta, na capa, os dizeres "Apresentação para George Beckwith, 23 de novembro de 1999) e prevê, entre eventos que não se concretizaram a formação de empresa holding.

Em sede de julgamento da Impugnação, a 2ª Turma da DRJ Campinas assim se pronunciou em relação ao documento 6 da impugnação antes referido ("Projeção do Resultado Econômico e do Cash Flow", grifos originais):

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.

Constou ainda expressamente daquele instrumento:

1. que o trabalho do perito teria sido efetivado sobre (i) as planilhas de projeções do resultado econômico e do fluxo de caixa preparados pela SOTREQ, com o entendimento daquela companhia sobre operações da LION; e (ii) o contrato de compra de ações;

2. que teriam sido adotados como base para o período projetivo os valores constantes das demonstrações financeiras do exercício findo em 31/12/2000 (documento da LION também não apresentado à fiscalização);

3. a título de conclusão, que a Projeção do Resultado Econômico e do Cash Flow da LION possuiria consistência, suportando o valor atribuído à negociação das ações do capital da sociedade de US\$49,719.000,00; a Projeção do Resultado Econômico e do Cash Flow da SOTREQ apontaria um valor de US\$ 104.152.000,00; e a Projeção do Resultado Econômico e do Cash Flow Consolidado indicaria um valor de US\$ 153.871.000,00, a indicar a seguinte correlação na incorporação da SOTREQ pela LION (1 ação da antiga SOTREQ = 132,883382 ações da nova LION).

*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.***

Já em relação ao documento 5 da impugnação ("SOTREQ MERGER PROPOSAL"), a Turma julgadora da DRJ assim referiu:

Além do problema da língua em que apresentado o documento, como bem ponderou a fiscalização quando o analisou, a operação não se realizou da forma como apresentada naquela proposta, o que compromete as projeções ali formuladas a respeito da performance da "nova companhia" (denominada Holding RJ), que sequer foi criada. Ademais, o que também se verifica nas projeções é que aparentemente o fator relevante de comparação não é propriamente a rentabilidade futura das investidas, mas a transferência de renda/investimento entre a SOTREQ e a LION.

No julgamento do Recurso Voluntário, a 2ª Turma Ordinária da 2ª Câmara da 1ª Seção do CARF, por sua vez, após reproduzir trechos da decisão da DRJ, adotando suas razões de decidir, assim se manifestou no acórdão ora recorrido sobre os documentos trazidos pela Contribuinte para comprovar a devida demonstração da rentabilidade futura que embasou o 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 atuada 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 atuada 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.”

Dito isso, embora a Contribuinte alegue que os dois documentos de que aqui se trata demonstram a projeção de rentabilidade futura que sustentou o ágio pago, não se tem infirmadas as deficiências probatórias consignadas na decisão recorrida, decisivas no sentido de se concluir pela insuficiência da demonstração da rentabilidade futura para fins do que dispõe o antes transcrito art. 385 do RIR/1999.

Com efeito, o documento 6 anexo à impugnação menciona apresentar revisão de relatório de PROJEÇÃO DO RESULTADO ECONÔMICO E DO CASH FLOW mas não se vê ali as projeções de fluxo de caixa e o dimensionamento do valor-econômico financeiro que supostamente revisa. Além disso, como assinalou a Fiscalização, o documento é posterior à aquisição da participação societária.

Já o documento 5 anexo à impugnação apresenta estudo realizado em novembro de 1999, projetando operações societárias diferentes das levadas a cabo (previa, por exemplo a formação de empresa *holding*, ali denominada de "Holding RJ"). Nesse documento, **não se tem nada calculado a título de valor do investimento. Nada é falado a respeito de rentabilidade futura.**

Não existe, portanto, nos autos, nenhuma demonstração que comprove o fundamento econômico do ágio.

Assim, é de se manter a decisão recorrida, negando-se provimento ao Recurso Especial da Contribuinte, sendo mantidas, assim, as glosas das despesas com amortização de ágio empreendidas pela Fiscalização.

Conclusão

Em face do exposto, CONHEÇO do recurso especial da Fazenda e do recurso especial da Contribuinte; e, no mérito, NEGO PROVIMENTO ao Recurso Especial da Contribuinte e DOU PROVIMENTO ao Recurso Especial da Fazenda Nacional.

(assinado digitalmente)

Adriana Gomes Rêgo