



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

Processo nº 10855.724999/2012-21
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1301-002.009 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 04 de maio de 2016
Matéria IRPJ e CSLL - Ágio
Recorrente METALÚRGICA NAKAYONE LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Exercício: 2008, 2009, 2010

ÁGIO. FORMAÇÃO. NEGÓCIO ENTRE PARTES INDEPENDENTES. EFETIVO SACRIFÍCIO PATRIMONIAL DA ADQUIRENTE. FUNDAMENTO. EXPECTATIVA DE RENTABILIDADE RENTABILIDADE FUTURA. VALIDADE DA FORMAÇÃO.

Ao se demonstrar que o ágio discutido nos autos se formou em negócio firmado entre partes independentes, em regime de livre mercado, foi respaldado por laudo baseado na expectativa de rentabilidade futura da investida e que houve um efetivo sacrifício patrimonial da adquirente em benefício dos alienantes do investimento, não se há de questionar o registro contábil do ágio, como a diferença entre o valor do sacrifício patrimonial e o valor de patrimônio líquido da investida.

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

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

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em DAR provimento ao recurso voluntário. O Conselheiro Wilson Fernandes Guimarães acompanhou o relator pelas conclusões.

(assinado digitalmente)

Wilson Fernandes Guimarães - Presidente

(assinado digitalmente)

Waldir Veiga Rocha - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Waldir Veiga Rocha, José Eduardo Dornelas Souza, Paulo Jakson da Silva Lucas, Marcos Paulo Leme Brisola Caseiro, Flávio Franco Corrêa e Wilson Fernandes Guimarães.

Relatório

METALÚRGICA NAKAYONE LTDA., já qualificada nestes autos, inconformada com o Acórdão nº 14-43.287, de 29/07/2013, da 1ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Ribeirão Preto/SP, recorre voluntariamente a este Colegiado, objetivando a reforma do referido julgado.

O trecho a seguir transcrito traduz o lançamento e os argumentos de impugnação, conforme entendimento do julgador *a quo*:

No âmbito do Mandado de Procedimento Fiscal (MPF) nº 08.1.10.00-2011-01018-3, contra a contribuinte acima identificada foi lavrado auto de infração que lhe exigiu Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ) e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), acrescidos de multa isolada, juros de mora, e multa de ofício qualificada.

O lançamento baseou-se em glosa de despesas com amortização de ágio interno, consideradas não dedutíveis, conforme quadro a seguir:

[...]

Consta do Relatório Fiscal (RF, fls. 626/646) que o procedimento originou-se de provável contabilização de despesas de ágio na apuração do IRPJ dos anos-calendário de 2008 a 2010.

A contribuinte fora intimada a prestar diversos esclarecimentos e a apresentar contrato social. Dentre os que fora instada a apresentar, cumpre registrar a notificação para:

i) exhibir cópia das alterações que resultaram na incorporação da Nakayone Empreendimentos e Participações S/A, CNPJ 08.569.297/0001-12, por Nakayone Soluções Ltda., CNPJ 10.429.783/0001-87, e na incorporação desta última pela contribuinte;

ii) demonstrar de que forma foi realizado o aumento de capital de R\$ 52.357.247,00 de Nakayone Soluções Ltda., CNPJ 10.429.783/0001-87, em 12/11/2008, indicando registros contábeis e documentos e de que forma o capital foi integralizado;

iii) justificar as diferenças de valores entre a DIPJ e os registros contábeis, relativos à amortização de ágio resultante da incorporação da Nakayone Soluções Ltda., relacionadas nos demonstrativos de fl. 629.

Após ter atendido as intimações a contribuinte fora intimada a apresentar o Livro de Apuração do Lucro Real (Lalur), a descrever o fundamento econômico do ágio da incorporação da Nakayone Soluções obtido pela contribuinte, além de demonstrar o método utilizado no caso de o fundamento econômico basear-se em resultados futuros.

O Termo de Intimação n. 3 instou a contribuinte a informar o valor pago aos senhores Edson Seigi Nakayone, José Mauro Martins e Mauro Luiz Gianotto em decorrência da saída do seu quadro de sócios e da Nakayone Empreendimentos e Participações S. A. (fls. 571/574).

Em resposta a contribuinte informou que eles não receberam qualquer valor financeiro e que sua retirada do grupo Nakayone deu-se por permuta de investimentos societários em que as pessoas físicas cederam a participação na Nakayone Empreendimentos e Participações S.A. e ingressaram, individualmente, nas sociedades Pathras Empreendimentos e Participações S.A., Kalamason Empreendimentos e Participações S.A. e Galatsi Empreendimentos e Participações S.A. (fls. 576/7).

Após examinar as justificativas apresentadas pela contribuinte a fiscalização teceu as considerações sobre as sociedades empresárias envolvidas na infração.

Nakayone Empreendimentos e Participações S.A. CNPJ 08.569.297/0001-12

i) um mês após sua criação, que se deu em 29/12/2006, os três diretores retiraram-se da sociedade, sendo eleitos diretores Alfredo Martinez Conde Barrasa, Ignácio Martinez Conde Barrasa e Amable Martinez Conde Barrasa;

ii) em 12/11/2008 foi registrada na Jucesp sua incorporação por Nakayone Soluções Ltda. CNPJ 10.429.783/0001-87;

iii) no período de sua abertura até a incorporação as DIPJ apresentadas não registram gastos com aquisição de insumos ou mercadorias, pagamentos a título de salários, contratação de serviços, gastos com propaganda, tampouco obtenção de receita.

Nakayone Soluções Ltda. CNPJ 10.429.783/0001-27

i) constituída em 30/8/2008 pela cisão parcial de CIE Autometal S.A. CNPJ 05.974.554/0001-03, incorporou a Nakayone Empreendimentos e foi incorporada por Metalúrgica Nakayone poucos dias após sua constituição;

ii) em 12/11/2008 ingressou como sócia Autometal Investimentos e Imóveis Ltda., CNPJ 05.974.550/0001-25, tendo esta Alfredo Martinez Conde Barrasa e Ignácio Martinez Conde Barrasa como sócios e administradores;

iii) no período de sua abertura até a incorporação a DIPJ apresentada não registra gastos com aquisição de insumos ou mercadorias, pagamentos a título de salários, contratação de serviços, gastos com propaganda, tampouco ingresso de receita;

iv) em 25/9/2008, após incorporar Nakayone Empreendimentos, teve seu capital alterado para R\$ 52.357.248,00, tendo seu ativo permanente atingido R\$ 75.525.564,02, desdobrado em R\$ 13.375.353,92 em investimentos e R\$ 62.150.210,10 em diferido.

Metalúrgica Nakayone Ltda. CNPJ 57.373.375/0001-14

i) na 15ª alteração contratual seu capital ficou distribuído entre Nakayone Empreendimentos (R\$ 3.507.800,00) e CIE Autometal S.A. (R\$ 1,00);

ii) os ex sócios Edson Seigi Nakayone e Mauro Luiz Gianotto passaram a ser seus procuradores;

iii) em 12/11/2008 a Nakayone Empreendimentos e Participações S.A. retirou-se da sociedade tendo sido admitida Nakayone Soluções Ltda., que figura como sua controladora, com participação de R\$ 3.507.800,00;

iv) em 12/11/2008 a Metalúrgica Nakayone incorpora Nakayone Soluções Ltda.;

v) conforme protocolos de justificativa de incorporação e laudos de avaliação apresentados, na data da incorporação Nakayone Soluções (incorporada) apresentava capital social de R\$ 52.357.247,00 enquanto que Metalúrgica Nakayone (incorporadora) tinha capital social de R\$ 3.507.801,00;

vi) em decorrência do ágio criado com tais transações a Metalúrgica Nakayone passou a utilizá-lo a partir do ano-calendário de 2008.

Consta do RF que o fundamento econômico do ágio baseou-se em previsão de resultados futuros da Metalúrgica Nakayone, a partir da posição patrimonial em 31/12/2006, conforme relatório elaborado por Binah SP Auditores Independentes, dirigido à Nakayone Empreendimentos, com a ressalva de que o documento não estava assinado por qualquer membro da firma de auditoria.

Segundo a fiscalização a Nakayone Soluções foi criada em 30/8/2008 como empresa veículo com o único propósito de criação e transferência do ágio para a contribuinte, haja vista que desde sua abertura até a incorporação ela não realizou qualquer atividade econômica.

Conforme descrito no tópico que trata do controle da contribuinte, a Nakayone Empreendimentos foi criada em 29/12/2006 para em seguida ter alterada sua composição societária e em 12/11/2008 foi incorporada por Nakayone Soluções. Na mesma data a Nakayone Soluções foi incorporada pela Metalúrgica Nakayone.

A fiscalização descreveu uma série de alterações societárias, implicando diversas sociedades empresárias, que direta ou indiretamente envolverem a contribuinte para, ao final, sintetizar que o controle das sociedades empresárias envolvidas, das quais resultou o ágio tratado nestes autos, sempre esteve em mãos dos senhores Alfredo Martinez Conde Barrasa, Ignácio Martinez Conde Barrada e Amable Martinez Conde Barrasa.

Conforme a autoridade fiscal

A incorporação às avessas apresenta-se como hipótese fora do perfil objetivo do instituto jurídico e, por isso, demanda uma razão específica relevante que afaste a estranheza da operação e que mostre sua perfeita adequação à realidade fática do caso.

A única hipótese plausível é que, com a incorporação às avessas, o ágio criado pode ser amortizado, conforme os artigos 385 e 386 do Regulamento do Imposto de Renda – RIR/99.

Somente a partir da incorporação de empresa na qual outra empresa detinha participação acionária adquirida com ágio, é que este passa a ser dedutível da base de cálculo do IRPJ e da CSLL.

Consta do RF que nos anos-calendário de 2008 a 2010 a contribuinte registrou como despesa com amortização de ágio de si mesma os valores de R\$ 3.107.510,52, R\$ 12.430.042,08 e R\$ 12.430.042,08, respectivamente.

Sob o fundamento de que ficou caracterizada a utilização de empresa veículo para transferência de ágio de si mesma à incorporadora a fiscalização refez as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, adicionando ao lucro tributável os valores antes listados conforme quadro de fls. 643 e que serviu de base para a imposição tributária.

Em face de que as infrações apuradas influenciaram o valor dos recolhimentos mensais obrigatórios por estimativa, sistemática de apuração do resultado à qual a contribuinte estava submetida, a fiscalização refez os cálculos do que seria devido por estimativa e que serviu de base para lançamento da multa isolada por falta de recolhimento.

Sob ao entendimento de que houve a prática de atos simulados com “a livre e consciente intenção de se eximir da tributação, promovendo alterações contratuais apenas sob o aspecto formal, sem qualquer propósito negocial”, foi lavrada multa de ofício qualificada.

Consta a lavratura de representação fiscal para fins penais formalizada no processo administrativo autuado sob n. 10855.725000/2012-61.

Regularmente notificada da imposição tributária, ingressou a contribuinte com a impugnação de fls. 1138/1178, com alegação de que o ágio em questão é de natureza financeira e decorre de alienação por meio de permuta. Em seguida, a impugnante registrou os pontos a seguir descritos.

da independência dos grupos Nakayone e Cie Autometal e da inexistência de partes relacionadas

Alegou que os grupos Nakayone e Cie Autometal são completamente independentes e não existe qualquer relação jurídico societária que possa caracterizar alguma espécie de vinculação entre eles, notadamente aqueles descritas nos arts. 244 ou 465 do Regulamento do Imposto de Renda (RIR/1999).

Após descrever a constituição da Metalúrgica Nakayone e sua coligada Nakayone Empreendimentos e Participações S.A., a impugnante alegou que até a época da criação da Nakayone Empreendimentos o grupo Cie Autometal não tinha qualquer participação que pudesse dar ensejo a formação de ágio.

Aduziu que os integrantes da composição acionária do grupo Cie Autometal, que era investimento detido pelo grupo espanhol Cie Automotive no Brasil, não tinham qualquer participação no grupo Nakayone.

Contestou o registro da fiscalização no sentido de que a Nakayone Empreendimentos teria outorgado poderes para seus ex-proprietários, conforme

documento obtido na Jucesp, ao mesmo tempo em que juntou cópia de extrato fornecido por aquele órgão no qual inexistia registro de procuração outorgada pela sociedade.

da aquisição da Nakayone Empreendimentos por Cie Autometal e da formação do ágio

Arguiu que a geração e o reconhecimento de ágio na aquisição de investimentos societários avaliados pelo método da equivalência patrimonial decorre da legislação.

Traçou histórico que retrata a aquisição do grupo Nakayone pelo Grupo Cie Autometal, cujas tratativas iniciaram no ano de 2007, consubstanciando no que segue:

i) em face do interesse recíproco na negociação, com base na posição patrimonial de 31/12/2006, com o uso do método de fluxo de caixa descontado elaborou-se laudo de avaliação que atribuiu valor de R\$ 111.246.926,91;

ii) contrariamente ao que registrou a fiscalização, o laudo está assinado pelo contador Isidério Deusdado Fernandes, representante da empresa de auditoria contratada;

iii) em vista de que os sócios da Nakayone manifestaram interesse por investimentos da Cie Autometal as partes realizaram permuta de participações societárias, na qual os senhores Edson Nakayone, José Martins e Mauro Luiz Gianotto entregaram a totalidade das ações de Nakayone Empreendimentos para a Cie Autometal em troca das ações que esta possuía em outras sociedades empresárias e que representavam o valor de R\$ 71.860.200,00, superior ao patrimônio líquido de R\$ 9.709.989,60 da Nakayone, o que justificou o ágio de R\$ 62.150.210,40 segregado na forma da legislação;

iv) o ágio decorrente da aquisição de Nakayone Empreendimentos e indiretamente da Nakayone pelo Grupo Cie Autometal, foi originado em janeiro de 2007 e refletido nas demonstrações financeiras da Cie Autometal no balanço de fevereiro de 2007, antes, portanto, da criação da Nakayone Soluções Ltda., que foi criada na segunda metade do ano de 2008;

v) o ágio amortizado da Nakayone Soluções originou-se de operação de conferência a valor de mercado, baseada no art. 36 da Lei nº 10.637/2002, que não se relaciona com o ágio registrado pela Cie Autometal, que decorre de aquisição, com custo financeiro, realizado e incorrido por meio de permuta de participações societárias.

da reestruturação realizada no segundo semestre de 2008

Alegou que:

i) visando a captação de recursos a Cie Autometal deveria consolidar os resultados das operações da Autometal S.A., segregando da holding plantas industriais detentoras de tecnologias que seriam tratadas como investimentos diretos da matriz espanhola;

ii) assim, em agosto/2008, houve processo de cisão parcial da Cie Autometal, em que o investimento da Nakayone foi utilizado para constituição da Nakayone Soluções Ltda.;

iii) o ágio gerado e contabilizado na Cie Autometal quando da aquisição do investimento de Nakayone Empreendimentos integrava o acervo líquido contábil e não fora criado na cisão ou na criação da Nakayone Soluções Ltda., mas sim um ano e meio antes, quando a Cie Autometal adquiriu o investimento em Nakayone Empreendimentos;

iv) com o objetivo de racionalizar a estrutura societária, Nakayone Soluções e Nakayone Empreendimentos seriam absorvidas, de modo que ao fim das incorporações o investimento na Metalúrgica Nakayone fosse detido diretamente pela holding estrangeira Cie Inversiones e Inmuebles S.L.;

v) como primeiro passo para cumprir tal desiderato, em 30/9/2008 a Nakayone Empreendimentos foi absorvida pela Nakayone Soluções Ltda., mediante incorporação total de seu patrimônio, a valor contábil;

vi) em seguida a Nakayone Soluções, holding remanescente, foi incorporada pela Metalúrgica Nakayone, a valor contábil;

vii) tais incorporações foram realizadas com observação dos valores dos acervos líquidos contábeis de cada sociedade, o que não gerou qualquer aumento ou diminuição no valor de ativos e/ou passivos, tampouco ágio interno;

viii) após a reestruturação empreendida pelo Grupo Cie Autometal a cotização ocorreu no ano de 2011 com a realização de IPO na Autometal S.A. e não na Cie Autometal como antes idealizado, circunstância que justifica o propósito perseguido pelo grupo Cie Autometal.

da incorporação às avessas e da inexistência de vedação legal

Embora a fiscalização justifique a imposição tributária sob o fundamento de que não se admite incorporação às avessas, alegou que além de não ser vedada pelo ordenamento jurídico, ela possui justificativa operacional.

Aduziu que opera no ramo de autopeças, tendo como clientes as montadoras de veículos, que são extremamente exigentes no que diz respeito à qualidade dos produtos que adquirem. Para uma fornecedora criar nome nesse mercado é necessário tempo e evolução tecnológica.

Acrescentou que se o processo de reestruturação ocorresse como quer a fiscalização, com a Nakayone Soluções incorporando a Metalúrgica Nakayone todas as certificações e homologações perante as montadoras deixariam de existir, o que implicaria abrir mão de anos de trabalho para atender a formalidade legal, sem desconsiderar que a incorporação às avessas não é vedada pela legislação. Em seu auxílio citou jurisprudência da Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF).

da inexistência de dolo, fraude ou simulação que justifique a imposição de multa qualificada

Alegou que não houve planejamento tributário ilícito com objetivo de criação injustificada de despesa de ágio, porquanto o ocorrido foi uma reestruturação societária legítima.

Aduziu que para imposição da qualificadora são necessárias provas concretas de que existiu evidente intuito de fraude, dolo ou simulação, e no caso em tela, não há demonstração de conduta dolosa e/ou fraudulenta que a justificasse, com o registro de que o trabalho fiscal está pautado apenas em presunções da prática de atos fraudulentos.

Todos os atos de reestruturação societária foram registrados e conferiram publicidade à operação, além do fato de que todas pessoas jurídicas envolvidas na operação desenvolvem atividades de forma regular até hoje.

da incidência de juros sobre a multa

Contestou a imposição de juros Selic sobre a multa aplicada sob a alegação de que inexistia previsão legal que permita sua aplicação a partir do lançamento.

Arguiu que não é possível sustentar a aplicação de juros Selic com base no § 3º do art. 61 da Lei nº 9.430/1996, pois ele se refere a débito e não a crédito tributário, significando que os juros incidem sobre o principal devido e não sobre multa de ofício. Escorou-se em jurisprudência administrativa para justificar sua pretensão.

Ao final a impugnante propugnou pela acolhida de sua impugnação com vistas a anular o auto de infração e a imposição de multa. Na hipótese de se considerar procedente o crédito tributário, que seja reduzida a qualificadora da multa.

Protestou pela juntada posterior de documentos indispensáveis à comprovação de sua defesa, ao mesmo tempo em que pugnou pela realização de diligência fiscal, se necessária.

A 1ª Turma da DRJ em Ribeirão Preto/SP analisou a impugnação apresentada pela contribuinte e, por via do Acórdão nº 14-43.287, de 29/07/2013 (fls. 1193/1210), considerou procedente o lançamento com a seguinte ementa:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Exercício: 2008, 2009, 2010

ÁGIO. ORIGEM. PRESSUPOSTOS.

O ágio se origina de uma contraposição de receita para o vendedor e custo para o comprador, tendo por pressupostos a aquisição de participação societária e o fundamento econômico, em que se registram no ativo diferido as despesas incorridas que contribuirão para a formação de resultados de exercícios futuros.

ÁGIO INTERNO. INCORPORAÇÃO. ABUSO DE DIREITO. DESPESAS. DEDUTIBILIDADE.

Na operação em que a controlada incorpora coligada imediatamente após esta ter adquirido suas quotas de capital, não se justifica o incorporador contabilizar ágio de si próprio, pois seu registro em contrapartida de uma conta de reserva configura duplicação do ágio já lançado pelo investidor original.

Assunto: Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL

Ano-calendário: 2008, 2009, 2010

LANÇAMENTO REFLEXO.

Inexistindo fatos novos a serem apreciados, estende-se ao lançamento reflexo os efeitos da decisão prolatada no lançamento matriz.

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Ano-calendário: 2008, 2009, 2010

MULTA DE OFÍCIO. AGRAVAMENTO.

Em caso de simulação, a inoponibilidade ao Fisco das operações efetuadas em sequência decorre de sua própria ilicitude, o que afasta a possibilidade de configuração de planejamento tributário lícito e justifica a qualificação da multa.

MULTA DE OFÍCIO. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. JUROS DE MORA. IMPOSIÇÃO.

Por tratar-se de crédito tributário, a multa de ofício submete-se à incidência dos juros moratórios previstos no Código Tributário Nacional.

Ciente da decisão de primeira instância em 03/09/2013, conforme Aviso de Recebimento à fl. 1226, a contribuinte apresentou recurso voluntário em 09/09/2013 conforme carimbo de recepção à folha 1228.

No recurso interposto (fls. 1228/1264), após historiar, sob sua ótica, os fatos e a decisão de primeira instância, a recorrente repisa os pontos anteriormente trazidos em sede de impugnação, acrescentando, onde entende cabível, reforço a seus argumentos em contraposição ao quanto decidido pelo acórdão recorrido.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Waldir Veiga Rocha, Relator

O recurso é tempestivo e dele conheço.

Na inexistência de preliminares, passo diretamente à análise de mérito.

Trata o presente processo de autos de infração para constituição de créditos tributários de IRPJ e CSLL, sob a acusação de que a então fiscalizada Metalúrgica Nakayone teria deduzido indevidamente despesas com a amortização de ágio.

Como se viu no relatório, tanto a Autoridade Lançadora quanto a Turma Julgadora em primeira instância caracterizaram esse ágio como sendo “*ágio interno*”, também chamado “*ágio de si mesmo*”. A partir desse principal fundamento, por entender indedutível e simulado o ágio assim gerado, o acórdão recorrido manteve a autuação, inclusive a multa de ofício qualificada (150%).

Muito embora a nomenclatura empregada careça de uma definição mais rigorosa, tenho empregado as expressões “*ágio interno*” ou “*ágio de si mesmo*” na situação em que a mais-valia surge dentro de um mesmo grupo econômico, sem a participação de um terceiro independente. Em alguns casos, mais simples, trata-se de mera reorganização societária interna, em que uma sociedade é reavaliada sem que valor algum seja desembolsado. Em outros casos mais elaborados, até ocorre a transferência de valores, mas tudo se passa dentro do mesmo grupo econômico. No mais das vezes, o controle societário não sofre qualquer alteração, os valores transferidos permanecem em mãos dos mesmos controladores e tudo volta ao que era antes, com a única exceção de que passa a existir um suposto ágio amortizável. Em tais situações, entendo que não se trata de ágio, embora se busque dar esse nome à reavaliação efetuada. Exatamente por não haver a participação de terceiros, em condições de livre mercado, os valores envolvidos não são legitimados, pois é o mercado que estabelece o quanto alguém se dispõe a pagar por um investimento que outro se dispõe a vender. A dedutibilidade para fins fiscais, nesses casos, fica prejudicada.

A situação, em tese, foi adequadamente exposta pelo relator do processo em primeira instância, confira-se o seguinte excerto de seu voto (fl. 1204):

O motivo pelo qual rejeita-se o reconhecimento de ágio formado internamente reside na falta de independência entre as partes interessadas no negócio, o que impede a fixação do chamado valor justo a ser tomado como referência para o reconhecimento ou não da formação da mais-valia.

Ou seja, o efetivo valor econômico de uma empresa depende do que o mercado está disposto a pagar por ela, entendendo-se por mercado, todavia, um ambiente de negócio livre e aberto, com a interveniência de agentes econômicos independentes, o que não ocorreu no caso concreto.

A questão tributária no presente caso consiste em determinar, com vistas nos fatos ocorridos e detalhados nos autos, o cabimento da pretensão da impugnante, de pagar menos tributos em razão da alienação do ágio de sociedade empresária coligada.

No entanto, apesar de, em tese, a avaliação ser correta, penso que a aplicação feita ao caso concreto merece algum reparo.

O ágio, cuja amortização veio afinal a ser glosada na autuada Metalúrgica Nakayone, surgiu originalmente no momento em que seus sócios originais (as pessoas físicas Edson Seigi Nakayone, José Mauro Martins e Mauro Luiz Gianotto) se dispuseram a alienar suas participações societárias naquela empresa, e outra empresa, a Cie Autometal S/A se dispôs a adquiri-las. Observo que não há nos autos qualquer afirmação ou sugestão de que houvesse alguma ligação prévia entre os então controladores da Metalúrgica Nakayone (as mencionadas pessoas físicas) e os controladores do grupo Autometal. Tenho, assim, por presentes as condições de livre mercado a que me referi antes.

A alienação se revestiu de algumas peculiaridades. Pelo lado dos alienantes, as pessoas físicas sócias da Metalúrgica Nakayone Ltda. (Srs. Edson Seigi Nakayone, José Mauro Martins e Mauro Luiz Gianotto) poderiam ter vendido diretamente suas participações societárias. No entanto, optaram por criar em 12/12/2006 uma nova sociedade, a Nakayone Empreendimentos e Participações S/A, cujo capital social foi subscrito e integralizado mediante a entrega, à nova sociedade, das quotas que cada uma das pessoas físicas nominadas detinha no capital social da Metalúrgica Nakayone Ltda. (fls. 800/813). O capital social

subscrito da Nakayone Empreendimentos e Participações S/A era de R\$ 3.510.000,00 (fl. 817), integralizado em sua quase totalidade pelas quotas em seu valor de R\$ 3.507.801,00 (fl. 804), além de complementação em espécie no valor de R\$ 2.199,00 (fl. 805). Neste momento, portanto, os Srs. Edson Seigi Nakayone, José Mauro Martins e Mauro Luiz Gianotto eram os sócios da Nakayone Empreendimentos e Participações S/A e esta era a controladora integral da Metalúrgica Nakayone Ltda.

Pelo lado dos adquirentes, a Cie Autometal S/A poderia ter adquirido diretamente as quotas da Metalúrgica Nakayone Ltda., mediante pagamento em moeda. Ou, igualmente mediante pagamento em moeda, poderia ter adquirido as ações da recém criada Nakayone Empreendimentos e Participações S/A, controladora da desejada Metalúrgica Nakayone Ltda. Optaram por não fazê-lo. Foram criadas as sociedades Pathras Empreendimentos e Participações Ltda, Galatsi Empreendimentos e Participações Ltda e Kalamazon Empreendimentos e Participações Ltda, todas sob controle da Cie Autometal. Na sequência, em 29/12/2006, a Cie Autometal realizou aportes de capital, em moeda corrente, nas três controladas Pathras, Galatsi e Kalamazon (fls. 860/861). O capital social de cada uma das três controladas passou a ser de R\$ 23.952.400,00 (fls. 899, 908 e 949), representado por disponibilidades de caixa.

Registre-se, a esta altura, a existência de uma avaliação econômico-financeira da Metalúrgica Nakayone Ltda, com base em 31/12/2006, cujo valor presente foi fixado em R\$ 111.246.926,91, calculado pelo método dos fluxos de caixa futuros descontados (fls. 865/881).

Deu-se, então, a transferência do controle societário da Metalúrgica Nakayone Ltda., da seguinte forma. Em 17/01/2007 os Srs. Edson Seigi Nakayone, José Mauro Martins e Mauro Luiz Gianotto transferiram as ações que detinham na Nakayone Empreendimentos e Participações S/A para a Cie Autometal, por permuta (fls. 956/958). Essas ações representavam capital de R\$ 3.510.000,00 (fl. 963). Em contrapartida, a Cie Autometal teria cedido às pessoas físicas suas quotas nas controladas Pathras, Galatsi e Kalamazon, totalizando ($3 \times \text{R\$ } 23.952.400,00 =$) R\$ 71.857.200,00. Não encontro nos autos documentos que comprovem a transferência dessas quotas da Cie Autometal para os Srs. Edson Seigi Nakayone, José Mauro Martins e Mauro Luiz Gianotto. Segundo o recurso voluntário, o Termo de Permuta seria o documento 15 da impugnação, mas esse documento não existe nos autos, pula direto do documento 14 (fls. 937/954) para o documento 16 (fls. 955/958).

Admitindo-se, por hora, que a transferência acima mencionada tenha de fato ocorrido, essa permuta (ações da Nakayone Empreendimentos e Participações S/A contra quotas de Pathras, Galatsi e Kalamazon) representa a consumação da mudança no controle societário da Metalúrgica Nakayone Ltda., até então subsidiária integral da Nakayone Empreendimentos e Participações S/A. Observe-se que, se levarmos em conta que a Nakayone Empreendimentos se resumia, de fato, à sua investida Metalúrgica Nakayone, o sacrifício patrimonial da Cie Autometal (R\$ 71.857.200,00) foi mesmo inferior ao valor da avaliação econômico-financeira (R\$ 111.246.926,91), embora provavelmente superior ao valor patrimonial. Não encontro nos autos o balanço patrimonial da Nakayone Empreendimentos e Participações S/A.

Do ponto de vista da (agora) controladora da Nakayone Empreendimentos e Participações S/A, o registro contábil do investimento recém adquirido deveria ter sido feito mediante o desdobramento em valor de patrimônio líquido e, por diferença, ágio, nos termos da

legislação em vigor. Não encontro nos autos esse registro contábil em 17/01/2007¹. Essa é a origem do ágio discutido nos presentes autos, registrado inicialmente na escrita da Cie Autometal. Observe-se: no momento do surgimento do ágio, ao contrário do afirmado pela Autoridade Julgadora em primeira instância, o negócio foi firmado entre partes independentes, respaldado por laudo não questionado pela Autoridade Lançadora², baseado na expectativa de rentabilidade futura e com efetivo sacrifício patrimonial da adquirente em favor dos alienantes.

Observo, no que se refere aos três itens acima, para os quais não encontrei os comprovantes nos autos, que sobre esses pontos não se estabeleceu litígio, e considero que a falta desses comprovantes nos autos não interfere na solução que se há de adotar.

Até aqui, portanto, tenho por satisfeitos os requisitos que a jurisprudência administrativa tem firmado para que seja aceito o registro do ágio.

Na sequência, a partir de agosto/2008, foram adotados passos conhecidos para permitir a amortização do ágio. Em 30/08/2008, a Cie Autometal sofreu cisão parcial. A parcela cindida, que continha também o investimento e respectivo ágio na Nakayone Empreendimentos e Participações S/A, serviu para a criação da Nakayone Soluções Ltda. Temos, nesse momento, Cie Autometal controladora de Nakayone Soluções Ltda. (onde agora está registrado o ágio), controladora de Nakayone Empreendimentos e Participações S/A, controladora de Metalúrgica Nakayone Ltda.

Em 30/09/2008, Nakayone Soluções Ltda. incorporou sua controlada Nakayone Empreendimentos e Participações S/A. Em 01/10/2008 a Metalúrgica Nakayone Ltda. incorporou (incorporação reversa) sua controladora, Nakayone Soluções Ltda. Ocorreu a confusão patrimonial prevista na legislação como fato capaz de permitir a amortização do ágio, e a empresa remanescente, Metalúrgica Nakayone Ltda., passou a fazê-lo, a partir de outubro/2008.

Afastada (de acordo com os conceitos aqui expostos) a acusação de tratar-se de “*ágio interno*”, é de se verificar se as operações societárias ocorridas entre a formação do ágio (na Cie Autometal) e sua transferência e amortização pela autuada Metalúrgica Nakayone ocorreram de acordo com o que prescreve a lei.

Do exame do acórdão recorrido, observa-se que busca apoio na figura do abuso de direito, a noção de que o direito deve ser exercido em conformidade com o seu destino social e na proporção do interesse de seu titular. Após reconhecer que não existe critério objetivo para se determinar previamente o que seria abuso, o julgador *a quo* conclui que “*a despeito de a impugnante justificar o ágio como decorrente de reestruturação societária, revela-se predominante a motivação tributária para o melhor aproveitamento econômico do ágio no sentido de reduzir o pagamento do IRPJ e da CSLL, consubstanciado na prática de negócios jurídicos formalmente lícitos com vistas a economia de tributos, esquivando-se de modo habilidoso da incidência da norma tributária*”.

¹ Não obstante, em 25/08/2008, por ocasião da cisão parcial da Cie Autometal, a parcela cindida (no que pertine ao investimento e respectivo ágio) se encontrava registrada por R\$ 11.845.788,72 – Participações; e R\$ 62.150.210,10 – Ágio; total do Investimento: R\$ 73.995.998,82 (fls. 1006 e 1009).

² Em um primeiro momento, houve um questionamento acerca da assinatura do laudo, já superado desde a primeira instância. Acrescente-se que, nos termos da lei então vigente, não se exigia laudo, mas mero demonstrativo a ser arquivado como comprovante da escrituração.

Em última análise, portanto, a Turma Julgadora em primeira instância considerou que as operações praticadas para transferir o ágio (já que sua criação, a meu ver, já foi demonstrada correta) não estariam de acordo com o melhor direito (seriam abuso), visto que voltadas predominantemente para a economia tributária. Tais operações envolvem o uso de “*empresa veículo*” e “*incorporação reversa*”.

Não é como penso. De se observar que a situação de uma “*empresa veículo*”, criada especialmente para permitir a aquisição de um investimento, é facilmente verificada nas operações de privatização. Há mesmo consenso de que os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 foram editados com o objetivo de facilitar o processo de privatização de empresas estatais, permitindo às empresas investidoras recuperar parte do investimento mediante a redução da carga tributária, o que, como contrapartida, permitiria que os valores oferecidos ao Estado na aquisição das empresas estatais fossem maiores. Isso, sem prejuízo dos ativos intangíveis das estatais privatizadas. Vários foram os casos de amortização de ágio no processo de privatização analisados por este CARF, sendo as conclusões no sentido de sua legitimidade, não obstante o uso de “*empresas veículo*”. O pressuposto para a permissão de amortização fiscal do ágio é a confusão patrimonial entre investidora e investida, e nesse contexto se encaixa a expressa admissão da incorporação reversa ou às avessas pelo art. 8º da Lei nº 9.532/1997.

Pois bem. Não me parece que se possa limitar o uso de tais empresas veículo nem de incorporação reversa exclusivamente ao contexto das privatizações. O texto legal não traz qualquer limitação nesse sentido, estabelecendo tão somente as condições objetivas para a amortização fiscal do ágio. Parece-me exagerado qualificar como abuso de direito a opção por um caminho facultado pela legislação, ainda que a adoção de tal caminho tenha por objetivo a economia tributária.

Nessa linha de raciocínio, voto pelo provimento do recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Waldir Veiga Rocha