



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

Processo nº 10880.721862/2010-45
Recurso nº Embargos
Acórdão nº 1302-001.821 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 05 de abril de 2016
Matéria IRPJ/CSLL - Amortização de ágio
Embargante INTERCEMENT BRASIL S/A (nova denominação social de CAMARGO CORREA CIMENTOS S/A)
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2005

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO.

OBSCURIDADE. São acolhidos sem efeitos infringentes os embargos para esclarecer aspectos que, embora abordados no voto condutor do julgado, demandavam melhor estruturação argumentativa em face do litígio presente nos autos.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em CONHECER e ACOLHER os embargos sem efeitos infringentes, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado.

(documento assinado digitalmente)

EDELI PEREIRA BESSA - Presidente e Relatora

Participaram do julgamento os Conselheiros: Edeli Pereira Bessa (presidente da turma), Alberto Pinto Souza Júnior, Ana de Barros Fernandes Wipprich, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Rogério Aparecido Gil e Talita Pimenta Félix.

Relatório

Na sessão plenária de 14 de março de 2012, a 2ª Turma da 3ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento deste Conselho julgou recurso de ofício interposto nestes autos, assim relatado no Acórdão nº 1302-00.834:

A 5ª Turma Delegacia da Receita Federal de Julgamento em São Paulo, São Paulo, tendo exonerado o crédito tributário constituído em desfavor de CAMARGO CORRÊA CIMENTOS S/A, recorre de ofício a este Colegiado administrativo, amparada nas disposições do art. 34 do Decreto nº 70.235/72 e da Portaria MF nº. 3, de 2008.

Trata o processo de exigências de Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ) e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), relativas ao ano-calendário de 2005, formalizadas a partir da imputação das seguintes infrações:

a) glosa de despesas de juros, consignadas como decorrentes de operação de emissão de Fixed Rate Notes, mas que, para a autoridade autuante, representou operação de mútuo entre pessoas jurídicas vinculadas, com taxa superior ao permitido pela legislação;

b) glosa de dedução de ágio em razão da ausência de observância dos requisitos legais.

A autoridade fiscal aplicou multa qualificada de 150%, por entender que a conduta adotada pela contribuinte revelou planejamento das operações com o intuito de reduzir a base tributável das exações objeto de lançamento (IRPJ e CSLL).

Apreciando os argumentos expendidos pela autuada em sede de impugnação, a já citada 5ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em São Paulo, por meio do acórdão nº. 1631.907, de 07 de junho de 2011, julgou improcedentes os lançamentos tributários efetivados.

O referido julgado foi assim ementado:

REMESSAS DE JUROS AO EXTERIOR FIXED RATE NOTES CONTRATOS FIRMADOS ATÉ DEZEMBRO DE 1999.

Exonerase o lançamento relativo a preços de transferênciajuros, quando a fiscalizada comprova, documentalmente, o registro do contrato no BACEN, exigindo a remessa de juros semestrais.

INCORPORAÇÕES DE SOCIEDADES. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO NA AQUISIÇÃO DE AÇÕES. EFETIVO PAGAMENTO. DEDUÇÃO AUTORIZADA POR LEI.

A legislação fiscal admite a dedutibilidade da amortização do ágio proveniente de incorporação de sociedade controlada por sua controladora, se efetivamente ocorre o desembolso do valor pago a este título, do mesmo modo que se exige o efetivo pagamento para toda e qualquer dedução pleiteada no âmbito fiscal, e a incorporação tenha sido realizada observando os ditames da legislação societária.

MULTA QUALIFICADA. CRITÉRIOS.

Se não é evidente a ocorrência de dolo, fraude ou simulação que justificasse a aplicação da multa qualificada de 150% sobre o lançamento efetuado, exonerase o acréscimo correspondente, mantendose a multa de ofício de 75% se houver lançamento mantido.

O voto condutor da decisão de primeira instância, acolhido por unanimidade pela Turma Julgadora, apresenta como suporte para exoneração do crédito tributário constituído os seguintes elementos:

REMESSA DE JUROS

- 1. a análise da documentação apresentada na impugnação, bem como dos demais documentos apresentados posteriormente pela fiscalizada antes do julgamento do processo (documentos do BACEN), permitiu verificar que a contribuinte possuía uma autorização Banco Central do Brasil (nº 241/33955, de 31 de outubro de 1997) para emissão de Fixed Rate Notes, a serem colocadas no mercado europeu, no valor total de US\$ 150.000.000,00;*
- 2. inexistente no Brasil diploma legal que vede a repactuação de um contrato de Fixed Rate Notes;*
- 3. o §1º do art. 1º da Lei nº 9.959/2000, garantiu que a isenção de imposto de renda retido na fonte para remessa de juros desse tipo de contrato, prevista no inciso IX do art. 1º da Lei nº 9.481/1997, na redação da Lei nº 9.532/1997, continuaria valendo para contratos em vigor em 31/12/1999;*
- 4. inexistente também qualquer vedação para que uma coligada da empresa no exterior readquirira os títulos anteriormente em posse de terceiros, sendo importante para o Banco Central, apenas, que o numerário relativo às Fixe Rate Notes, tenha entrado no prazo autorizado e somente seja remetido ao credor ao término do contrato;*
- 5. a coligada no exterior permaneceu com os títulos por apenas dois anos, de 2005 a 2007, quando então os repassou novamente;*
- 6. a remessa de juros glosada está registrada no Banco Central que, necessariamente, autorizou a operação, não podendo a Fiscalização descaracterizar a operação e tributá-la pela regra dos preços de transferência para remessas sem contrato à controladas ou coligadas no exterior.*

ÁGIO

- 1. no presente caso, consideradas as características do negócio realizado, é indevida a utilização da expressão “empresa-veículo”, como reforço da argumentação de ocorrência de planejamento tributário;*
- 2. a controladora da fiscalizada (Camargo Correa S.A. – CCSA) realmente pagou pela aquisição das empresas Gaby1, Gaby2 e Gaby3 com ágio, sendo tal ágio determinado por meio de relatório de rentabilidade futura elaborado pelo banco Goldman Sachs, tendo ocorrido, inclusive, um ligeiro desconto no valor pago;*
- 3. por serem grupos econômicos distintos, a CCSA teria o máximo empenho em pagar o menor valor possível, e não ao contrário, como é feito em “criação de ágio” entre empresas do mesmo grupo econômico;*
- 4. a argumentação da Fiscalização no sentido de que o Grupo Econômico buscou adquirir empresas com o intuito único de transferir ágio é descabida;*
- 5. a manifestação do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais referenciada pela Fiscalização diz respeito a incorporações com ágio efetuadas através de empresas-veículo, dentro de um mesmo grupo econômico, não sendo aplicável ao presente caso;*
- 6. a indagação da Fiscalização no sentido de que, no caso sob apreciação, a contribuinte teria pago algum ágio ou teria tido um ganho de capital, é absurda, pois, ao que parece, esqueceu-se que ganho de capital em transações de compra e venda só existe para a vendedora que venda o bem com um preço maior que a avaliação histórica dele na contabilidade (o lucro na venda constitui o ponto de partida para o cálculo do ganho de capital a ser pago pela vendedora do bem);*

7. *ágios em aquisição de bens são legais e podem ser amortizados, tanto que os arts. 385 e 386 do RIR/99 autorizam expressamente essa amortização;*

8. *o legislador deixou para os contribuintes a escolha de qual fundamento de ágio seria utilizado, não obrigando de maneira alguma que a avaliação fosse feita pelo fundo de comércio, podendo perfeitamente utilizar como fundamento de ágio o valor de rentabilidade da controlada com base em previsão de resultados futuros;*

9. *a Fiscalização declara e a contribuinte confirma que o fundamento para a apuração do valor do ágio foi o relatório efetuado pelo banco Goldman Sachs, com base em previsão de exercícios futuros, não havendo contestação, por parte da Fiscalização, desse relatório;*

10. *a descrição dos fatos apurados revela contradição, pois, nos parágrafos 2.2.3.8 a 2.2.3.17, afirma-se em dado momento que o fundamento do ágio deveria ser a expectativa de rentabilidade futura, enquanto em outro despreza-se essa avaliação em favor da avaliação do fundo de comércio, esquecendo-se com isso que a avaliação de fundo de comércio faz parte integrante do valor calculado com base em previsão de resultados futuros;*

11. *a argumentação sobre fundo de comércio não invalida o relatório do Banco Goldman Sachs, pois a Fiscalização não comprovou que os valores apresentados no referido relatório seriam falsos ou estariam errados;*

12. *a Fiscalização utilizou parte do estudo do valor das empresas Gaby 1, Gaby2 e Gaby3 encomendado pela contribuinte à KPMG Corporate LTDA para descaracterizar a avaliação feita pelo banco Goldman Sachs, porém, o que está dito apenas confirma que a avaliação foi feita à época da transação e que os valores não foram criados em 2010 por ocasião do estudo, que manteve os valores apurados anteriormente, servindo apenas para formalizar, no Brasil, o mesmo estudo feito pelo banco americano;*

13. *a argumentação tecida pela Fiscalização no sentido de que a contribuinte teria procurado obter o maior valor possível de ágio para aproveitar-se da amortização, não é coerente, pois seria muito mais vantajoso para o grupo Camargo Correa pagar o menor preço possível pela aquisição, e não o contrário;*

14. *as afirmações da Fiscalização só fariam sentido se a transação tivesse ocorrido entre empresas do mesmo grupo econômico, com aquisições “pagas” em ações da empresa “compradora”, em que haveria interesse em criar o maior ágio possível, para ser amortizado posteriormente por ela ou pela sua incorporadora;*

15. *relativamente ao fato, destacado pela Fiscalização, de que a adquirente das empresas Gaby1, Gaby2 e Gaby3 foi a CCSA, inexistindo suporte legal para repasse à Fiscalizada da despesa de ágio, deve ser esclarecido que a CCSA não descontou qualquer ágio decorrente da aquisição e não incorporou as empresas Gaby1, Gaby2 e Gaby3, pois utilizou essas empresas para aumentar o capital da fiscalizada por conferência de ações, juntamente com o valor do pagamento de dívida que a CCSA tinha com uma controlada da fiscalizada, a empresa Cauê;*

16. *a empresa CCSA não reavaliou o valor das empresas Gaby1, Gaby2 e Gaby3, tendo transferido o controle dessas empresas pelo custo de aquisição, ou seja, não gerou qualquer ágio por essa transferência de controle das empresas;*

17. *somente quando as empresas Gaby1, Gaby2 e Gaby3 passaram ao controle da fiscalizada é que foram incorporadas e, a partir daí, o ágio gerado começou a ser amortizado;*

18. *o ágio somente é dedutível após a incorporação da controlada ou coligada, adquirida com ágio, conforme determina o art. 386 do RIR/99;*

19. a legislação fiscal não proíbe que a controladora repasse o controle de empresas adquirida com ágio efetivamente pago, à sua controlada, pelo valor total pago, e uma vez que a CCSA não amortizou o ágio pago pelas empresas Gaby1, Gaby2 e Gaby3 e tendo a fiscalizada recebido e posteriormente incorporado as três empresas e desdobrado o custo de aquisição, tem ela (a fiscalizada) o direito de descontar o ágio nas condições preconizadas pelo art. 386 do RIR/99;

20. não cabe a aplicação do art. 389 do RIR/99 para o presente caso como alega a Fiscalização, assistindo razão à contribuinte quando alega a aplicação indevida do artigo;

21. o artigo 389 trata de ágios e deságios obtidos em aquisições efetuadas por empresas, situadas no exterior, que sejam coligadas ou controladas de empresas situadas no país, consignando que o resultado de investimentos em coligadas ou controladas no exterior não pode se refletir na apuração do lucro real da empresa controladora ou coligada situada no país;

22. o artigo 389 do RIR/99 trata da proibição de refletir no resultado da apuração do lucro real da empresa no Brasil as contrapartidas de ajuste do valor dos investimentos ou da amortização de ágio ou deságio na aquisição de investimentos efetuados por sociedades coligadas ou controladas, situadas no exterior, não se aplicando portanto ao caso em comento;

23. a Fiscalização limitou-se a tomar como base de cálculo para o lançamento valores que a própria fiscalizada informou em resposta à intimação recebida (fls. 106), não se preocupando sequer em confirmar a exatidão das informações prestadas.

MULTA QUALIFICADA

1. não restou comprovado o evidente intuito de fraude que justificasse a aplicação da multa de 150%;

2. a constatação da fraude exige que reste provada a presença de elemento subjetivo na conduta do contribuinte de forma a demonstrar que esta quis os resultados que o art. 72 da Lei nº 4.502/1964 elenca como caracterizadores da fraude, ou mesmo que assumiu o risco de produzi-los;

3. a redação do art. 44, inciso II, da Lei nº 9.430/1996, que estava em vigor à época dos fatos, falava em “evidente intuito de fraude”, o que exige que os elementos de prova utilizados em sua caracterização sejam facilmente identificáveis nos autos;

4. a Fiscalização limitou-se a apresentar suas idéias, sem qualquer comprovação do alegado;

5. o que está declarado nos documentos acostados ao processo realmente ocorreu e a contribuinte não se negou a prestar qualquer informação, nem colocou obstáculos ao procedimento fiscal.

O Colegiado embargado acordou, por unanimidade de votos, dar provimento parcial ao recurso de ofício para restabelecer os créditos tributários constituídos, reduzindo a multa de 150 para 75% e, por voto de qualidade, determinar a aplicação de juros de mora de 1% sobre multa de ofício, vencidos os Conselheiros Diniz Raposo da Silva e Guilherme Polastri Gomes da Silva que afastavam os juros de mora aplicados sobre a multa de ofício. O acórdão em tela foi assim ementado:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Exercício: 2006

Ementa: PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA. JUROS. DEDUTIBILIDADE. LIMITE.

Nos termos do disposto no art. 22 da Lei nº 9.430, de 1996, os juros pagos ou creditados a pessoa vinculada, quando decorrentes de contrato não registrado no Banco Central do Brasil, somente serão dedutíveis para fins de determinação do lucro real até o montante que não exceda ao valor calculado com base na taxa Libor, para depósitos em dólares dos Estados Unidos da América pelo prazo de seis meses, acrescida de três por cento anuais a título de spread, proporcionalizados em função do período a que se referirem os juros. Imprestável, como meio de prova do referido registro, extrato que, ainda que emitido pelo Banco Central do Brasil, não revela características essenciais do acordo pactuado.

ÁGIO. TRANSFERÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE.

Em virtude da absoluta ausência de previsão legal, o ágio, supostamente incorrido na aquisição de participação societária de pessoa jurídica domiciliada no exterior, não pode ser transferido por meio de aumento de capital e quitação dívida.

CSLL. ÁGIO. AMORTIZAÇÃO.

Em conformidade com o disposto no art. 7º (caput) e inciso III da Lei nº 9.532, de 1997, a faculdade de amortização de ágio, nas condições ali referidas, limita-se à apuração do lucro real, base de cálculo do imposto de renda pessoa jurídica.

MULTA DE OFÍCIO. QUALIFICAÇÃO. IMPROCEDÊNCIA.

Inexistindo nos autos elementos de convicção que possam servir de suporte para a exasperação da multa aplicada, há que se reduzir o percentual correspondente.

MULTA DE OFÍCIO. JUROS MORATÓRIOS.

Na execução das decisões administrativas, os juros de mora à taxa selic só incidem sobre o valor do tributo, não alcançando o valor da multa aplicada. Sobre a multa podem incidir juros de mora à taxa de 1% ao mês, contados a partir do vencimento do prazo para impugnação.

Cientificada, a Procuradoria da Fazenda Nacional interpôs recurso especial contra a redução dos juros de mora aplicados sobre a multa de ofício, o qual foi admitido conforme despacho de fls. 1535/1538. Os autos seguiram para a Unidade de origem que lavrou a intimação de fls. 1542/1548, da qual a contribuinte foi cientificada em 09/03/2015 (fl. 1549), apresentando contrarrazões ao recurso especial (fl. 1550/1627). Antes, porém, a contribuinte opôs embargos, tempestivamente, em 16/03/2015, no qual apontou obscuridades e contradições assim abordadas no despacho de fls. 1765/1770:

Obscuridade: Da Não Indicação dos Requisitos para a Comprovação do Registro da Repactuação dos Fixed Rate Notes no BACEN

A embargante assevera que, embora o Conselheiro Relator tenha concluído que os documentos apresentados no curso do processo administrativo não seriam suficientes para comprovar o registro da repactuação dos Fixed Rate Notes no Banco Central do Brasil, acabou por esquivar-se de esclarecer qual seria a documentação hábil e suficiente à comprovação do atendimento à necessidade de registro no BACEN, limitando-se a, de forma reiterada, afirmar que a documentação trazida à baila pela ora Embargante é imprestável para tal fim. Acrescenta que a legislação invocada tão somente faz referência genérica à necessidade de registro no BACEN para fins de dedutibilidade dos juros pagos a pessoa ligadas no exterior, sem que quaisquer requisitos formais específicos seja estabelecidos. E, destacando as expressões que classifica como vagas, adotadas no voto condutor do julgado, aduz que não foi indicada qual seria a forma de registro no BACEN adequada, devida e prevista em lei.

Assevera que a legislação fiscal não traz qualquer exigência quanto à forma a ser observada para fins de registro dos contratos de mútuo no BACEN e que a repactuação dos Fixed Rate Note foi efetivamente registrada no BACEN, cumprindo todas as formalidades exigidas por tal órgão em operações desta natureza, especialmente mediante realização do Registro de Operações Financeiras para informação da referida renovação, depois da migração dos Certificados de Registro para o sistema SISCOEX, ainda que com alteração na numeração do título, consoante detalhado nos embargos. Finaliza observando que não verificando qualquer irregularidade no procedimento da contribuinte, o BACEN emitiu o ROF nº TA 345775, que é a formalização do seu deferimento quanto à operação de renovação, e, se reporta a documento juntado no qual o BACEN responde aos questionamentos formulados pela contribuinte acerca dos documentos que seriam aptos à comprovação do registro da operação de renovação dos títulos emitidos em 1997.

Observa-se no relatório do acórdão embargado que a decisão de 1ª instância reconheceu que houve autorização do BACEN para emissão de Fixed Rate Notes, que não havia vedação legal à repactuação, e que a remessa de juros foi registrada, a evidenciar que o BACEN autorizou a operação.

Por sua vez, o voto condutor do julgado evidencia as características da contratação inicial, destaca ressalva expressa pelo BACEN no registro da operação acerca da alteração de condições/características constantes do certificado, e assim expressa a análise dos documentos presentes nos autos:

[...]

Nestes termos, o voto condutor do julgado nega efeitos à simples comunicação, a título de renovação, da mudança nas condições de pagamento, exigindo o registro da repactuação do empréstimo e da taxa de juros acordada. Destaca que foi alterada característica essencial do empréstimo (de captação por meio de oferta pública para empréstimo de subsidiária integral) e que em tais circunstâncias, para que se evite a aplicação do limite imposto pela lei tributária na dedução dos encargos envolvidos, tal fato seja, como já dito, refletido em contrato e que este seja devidamente registrado no Banco Central do Brasil. Quanto à prova do registro da repactuação, o Conselheiro Relator consigna que só foi trazido o extrato correspondente ao Registro da Operação Financeira que, como reiteradamente afirmado, não traduz a repactuação empreendida. E isso provavelmente porque, a descrição dos documentos juntados às fls. 126/132, 1314/1322 e 1416/1424 não revelaria a concordância do BACEN com a ressalva posta no primeiro registro, de que o BACEN não reconhece qualquer cláusula contratual ou aditivo que contrarie ou modifique as condições (características) constantes do presente certificado, sendo necessária a prévia autorização deste órgão para a efetivação de quaisquer remessas para o exterior não previstas neste documento ou em condições diversas das nele consignadas.

Tal inferência, porém, evidencia, neste juízo preliminar, que há, de fato, obscuridade a ser sanada, dado que frente aos registros de renovação apresentados em impugnação, não restou claro qual procedimento seria esperado para evitar a adição dos valores exigidos pela autoridade lançadora.

Contradição: Transferência Indevida do Ágio

A embargante diz que o voto condutor do julgando, em primeiro momento, afirma a impossibilidade legal de transferência do ágio, porque quem incorreu no sobrepreço foi outra pessoa jurídica (Camargo Corrêa S/A), e a transferência das participações para a fiscalizada se deu em razão de aumento de capital e quitação

de dívida, porém, mais à frente, o Conselheiro Relator parece entender que, no caso concreto, teria ocorrido uma indevida transferência do ágio para a ora Embargante, ao apontar que a subscrição e integralização do capital da embargante, com as ações das investidas, se deu sem a segregação do ágio.

Entende a interessada que o raciocínio desenvolvido no julgado é claramente contraditório, porque ao mesmo tempo em que se afirma que o ágio teria sido transferido indevidamente para a Embargante em um determinado ponto da decisão, em outro aparentemente se questiona a própria ocorrência da transferência do ágio. Em consequência, não lhe é possível determinar com certeza qual é o entendimento manifestado por esta E. Turma a respeito da ocorrência ou não de indevida transferência do ágio para a Embargante.

A contradição vislumbrada pela interessada decorre da abordagem sucinta do tema, revelando, em verdade, obscuridade, que também demanda saneamento para regular exercício do direito de defesa pela embargante.

Contradição: Dedução do Ágio da Base de Cálculo da CSLL

A interessada entende que há contradição na afirmação contida no voto condutor do acórdão embargado, no sentido de que a amortização do ágio seria aplicável apenas à base de cálculo do IRPJ, uma vez que não haveria autorização legal para a sua dedução da base de cálculo da CSLL. Reportando-se aos argumentos apresentados em recurso voluntário, a embargante aduz que não há previsão legal da adição correspondente no âmbito da apuração da CSLL e que, considerando que a CSLL tem por base de cálculo o lucro líquido com ajustes expressamente previstos, sendo a amortização contábil do ágio permitida até a edição da Lei nº 11.638/2007, nada há que vede a referida dedução.

Novamente não se verifica contradição como apontado pela embargante, até porque sua argumentação confronta a decisão com sua defesa, e não a decisão e seus fundamentos. Mas isto também porque a decisão limita a previsão legal de amortização do ágio ao art. 386, III do RIR/99, refutando de forma sumária a alegação, contida em impugnação (fls. 1151/1153), de que a jurisprudência administrativa demanda norma legal específica a determinar a adição em referência.

Assim, também aqui há obscuridade na decisão acerca do ponto em referência.

Confirma-se, portanto, obscuridade nos três pontos indicados pela embargante, razão pela qual, neste juízo de cognição sumária, com fundamento no art. 65, §7º, do Anexo II do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 343/2015, são ADMITIDOS os embargos de declaração opostos pela recorrente, com sua consequente distribuição para relatoria por esta Conselheira, em conformidade com o sorteio antes promovido.

Esclareça-se que, como o Conselheiro Relator não mais integra o Colegiado embargado, os autos foram atribuídos por meio de sorteio a esta Conselheira, na forma do art. 49, §5º do Anexo II do Regimento Interno do CARF.

Voto

Conselheira EDELI PEREIRA BESSA

Os embargos foram opostos tempestivamente, e a embargante demonstrou aspectos que, embora não caracterizassem, propriamente, as contradições alegadas, revelavam obscuridades que demandavam saneamento, nos termos expostos no despacho de admissibilidade. Por tais razões, os embargos são CONHECIDOS.

Passa-se, assim, ao exame das alegações da embargante.

Da Não Indicação dos Requisitos para a Comprovação do Registro da Repactuação dos Fixed Rate Notes no BACEN

Consta na decisão de 1ª instância a seguinte síntese da acusação fiscal:

REMESSA DE JUROS

O auditor relata que a fiscalizada emitiu, em 1997, Fixed Rate Notes (FRN) em um único lote de US\$ 150.000.000 (cento e cinquenta milhões de Dólares), operação registrada no Banco Central conforme Certificado de Registro nº 241/33955.

Em 2005, na data do vencimento mas antes do resgate, a empresa Cauê, teria adquirido todos os títulos que estavam em poder de terceiros, passando a ser detentora dos mesmos no período de 2005 a 2007.

A fiscalizada remeteu pagamento de juros à empresa Cauê, por conta de pagamento de juros dos títulos emitidos mas o auditor contestou essa remessa, afirmando que:

“Entretanto, a intenção do contribuinte era a transferência de recursos para sua subsidiária no exterior, mediante o pagamento de juros, o que produz os mesmos efeitos de um contrato de mútuo, apesar de revestido de outra forma (emissão das FRN). Afinal, que outro motivo poderia haver, uma vez que a emissão das FRN tem por objetivo captar novos recursos para a empresa fiscalizada. Como essa captação poderia acontecer, uma vez que a detentora das FRN é sua própria subsidiária? Fica claro, o intuito de reduzir o resultado mediante o pagamento de juros. E ainda por cima, com uma taxa superior a que se praticaria com uma operação de mútuo comum.

Tendo em vista as informações acima, fica patente que durante o ano de 2005 a empresa fiscalizada não estava apropriando despesas com o pagamento de juros de uma operação de lançamento de FRN e sim de uma operação de mútuo entre empresas vinculadas, com uma taxa muito superior ao que permite a legislação pertinente ao assunto.

[...]

Desse modo, o auditor fiscal apurou a base de cálculo tributável conforme a tabela a seguir:

<i>DESPESAS</i>	<i>ANO-CALENDÁRIO</i>
	<i>2005</i>
<i>JUROS</i>	<i>8.178.730,06</i>
<i>[...]</i>	<i>[...]</i>

Entendeu também ser cabível o lançamento da multa de ofício qualificada , justificando, no caso de remessa ao exterior como , “A empresa fiscalizada, sabendo que suas FRN haviam sido adquiridas por sua controlada no exterior, continuou enviando juros para fora do país a uma taxa superior à permitida para operações entre vinculadas e por isso deve sujeitar-se ao disposto no Art. 44, inciso I, § 1º, da Lei 9.430/96 (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)”

A autoridade lançadora reportou-se ao art. 22 da Lei nº 9.430/96 que estabelece limites à dedução de *juros pagos ou creditados a pessoa vinculada, quando decorrentes de contrato não registrado no Banco Central no Brasil*, observou que *as remessas de recursos para o exterior, representadas pelos pagamentos de juros do contribuinte para sua subsidiária no exterior, deveriam ter sido registradas no Banco Central do Brasil, como uma operação de mútuo entre pessoas vinculadas*, e concluiu que a dedução dos juros estaria limitada à variação da taxa Libor para os depósitos em dólares dos Estados Unidos da América pelo prazo de seis meses, acrescida de 3% ao ano, a título de spread. À fl. 1092 consta demonstrativo que confronta as despesas escrituradas de R\$ 31.549.287,83 com os juros calculados na forma do art. 22 da Lei nº 9.430/96 (R\$ 23.370.557,77), e evidencia a glosa promovida de R\$ 8.178.730,06.

A Turma Julgadora de 1ª instância cancelou a exigência com base nos seguintes fundamentos expostos no voto condutor do julgado:

Ocorre que, analisando a documentação apresentada na impugnação e mais os documentos apresentados posteriormente pela fiscalizada antes do julgamento do presente processo (documentos do BACEN), observa-se que, realmente, a contribuinte possuía uma autorização do BACEN de 31/10/1997, nº 241/33955, para emissão de Fixed Rate Notes, a serem colocadas no mercado europeu, no valor total de US\$ 150.000.000,00.

Observa-se que esse contrato sofreu em 16/01/2002 mudança de numeração quando o BACEN passou a utilizar a numeração eletrônica, passando a ser identificado pelo nº SA 008987, após a alteração feita pelo BACEN, de forma automática no sistema SISCOMEX.

Em julho de 2005, a fiscalizada promoveu repactuação dos títulos passando o vencimento para 2035, e esse acordo, aprovado pelo BACEN , recebeu o nº TA 345775.

Cabe notar, no presente caso, que não há diploma legal , emitido aqui no Brasil que proíba a repactuação de um contrato de Fixed Rate Notes e o §1º do art. 1º da Lei nº 9.959/2000, garantiu que a isenção de IRRF para remessa de juros desse tipo de contrato, prevista no inciso IX do art. 1º da Lei nº 9.481/1997, na redação da Lei nº 9.532/1997, continuaria valendo para contratos em vigor em 31/12/1999.

Tampouco existe qualquer vedação que uma coligada da empresa do exterior readquira os títulos anteriormente em posse de terceiros, sendo importante para o BACEN apenas que o numerário relativo as Fixe Rate Notes, tenha entrado no prazo autorizado e somente seja remetido ao credor, ao término do contrato.

Observa-se ainda que a coligada no exterior, permaneceu com os títulos por apenas dois anos , de 2005 a 2007, quando então os repassou novamente.

Assim , a remessa de juros glosada pelo auditor fiscal, para o pagamento das obrigações fixadas no ROF nº TA 345775, está registrada no BACEN que, necessariamente autorizou a operação, não podendo o auditor fiscal descaracterizar a operação e tributá-la pela regra dos preços de transferência para

remessas sem contrato à controladas ou coligadas no exterior, impondo-se a exoneração do lançamento nesse quesito.

Da mesma forma exonera-se o lançamento decorrente de CSLL relativo a autuação da remessa de juros.

A autoridade lançadora, portanto, afirmou que a remessa de juros a subsidiária no exterior em razão de *Fixed Rate Notes* por ela detidas estaria sujeita aos limites fixados no art. 22 da Lei nº 9.430/96, ao passo que a autoridade julgadora de 1ª instância deu relevo ao ingresso dos recursos em favor da autuada na forma registrada junto ao BACEN e à sua devolução ao credor no final do contrato, não vislumbrando vedação à aquisição, temporária, de tais títulos por uma subsidiária da contribuinte, e negando a possibilidade de descaracterização da operação como originalmente contratada.

Já no acórdão embargando, observa-se que o voto condutor evidencia as características da contratação inicial, destaca ressalva expressa pelo BACEN no registro da operação acerca da alteração de condições/características constantes do certificado, e assim expressa a análise dos documentos presentes nos autos:

Considerados os elementos reunidos ao processo, entendo, na linha da descrição trazida pela autoridade autuante, que, para fins tributários, estamos diante de dois negócios absolutamente distintos, sendo o primeiro, devidamente registrado no Banco Central do Brasil, firmado pela contribuinte em 1997, em que ela captou recursos no exterior por meio de lançamento de Fixed Rates Notes; e o segundo, representativo de mútuo entre a contribuinte e sua subsidiária integral, conforme ESCRITURA DE FIDEICOMISSO ALTERADA E CONSOLIDADA (fls. 1.227/1.313).

Observe-se que, nos termos da observação 2 constante do registro da operação financeira realizada em 1997, restou assinalado pelo Banco Central do Brasil que ele não reconheceria qualquer cláusula contratual ou aditivo que contrariasse ou modificasse as condições (características) constantes do certificado que, na ocasião, estava sendo registrado.

Aditou, ainda, o BACEN, que seria necessária uma prévia autorização dele para a efetivação de quaisquer remessas para o exterior não previstas naquele documento ou em condições diversas das nele consignadas.

Entretanto, tomando-se por base a ESCRITURA DE FIDEICOMISSO ALTERADA E CONSOLIDADA, verifica-se que: i) a contribuinte pactuou (expressão contida no referido documento) com sua subsidiária integral no exterior “a prorrogação da Data de Vencimento das Notas e a alteração de determinados outros termos das Notas”.

Por ser digno de destaque, transcrevo, a seguir, excerto do item 1 (COMUNICAÇÃO DE ALTERAÇÃO À FIDUCIÁRIA) da citada ESCRITURA.

...

Em conexão com a compra por uma subsidiária integral da emitente de 100% das Notas na Data de Vencimento ou antes dela e de acordo com a Seção 7.1 da Escritura de Fideicomisso, pelo presente solicitamos que V. Sas. dispensem as disposições estabelecidas em: (i) Condição 5(f) que exige que quaisquer Notas resgatadas ou compradas pela Emitente sejam canceladas, de forma que as Notas não sejam canceladas e permaneçam em circulação após a Data de Vencimento; e (ii) Condição 5 (e) que proíbe que a Emitente ou quaisquer de suas subsidiárias, na condição de Titulares das Notas, votem em quaisquer reuniões dos Titulares das Notas, de forma que a Emitente ou quaisquer de suas subsidiárias, na medida em que detenham coletivamente 100% das Notas, possam votar em quaisquer reuniões de Titulares das

Notas (ou celebrem uma Resolução por Escrito em vez de uma reunião de Titulares das Notas). Além disso, solicitamos que V. Sas. dispensem quaisquer exigências de notificações para convocar ou votar em uma reunião de Titulares das Notas.

Solicitamos ainda pela presente que, quando a Fiduciária receber a comprovação ou confirmação de que a Cauê Finance Limited, uma subsidiária integral da Emitente, tem a titularidade de 100% das Notas na Data de Vencimento ou antes dela, a Fiduciária efetive a alteração e a consolidação da Escritura de Fideicomisso e as demais alterações determinadas na Resolução por Escrito da Cauê Finance Limited, juntada à presente como ANEXO A.

Destaco que JP MORGAN TRUSTEE AND DEPOSITARY COMPANY LIMITED, como fiduciária, estabeleceu condições para aceitar as solicitações formalizadas pela contribuinte (item 2 – CARTA DO JP MORGAN).

Chama atenção na documentação aportada ao processo pela contribuinte o fato de a ESCRITURA DE FIDEICOMISSO ALTERADA E CONSOLIDADA (traduzida por Tradutor Público) apresentar itens com a expressão “INTENCIONALMENTE OMITIDO”.

Ainda que as alterações promovidas pela contribuinte no instrumento de captação de recursos no exterior tenham sido aceitas pelos demais intervenientes, penso que, mesmo desconsiderando outras modificações, a compra de 100% das notas emitidas por parte da sua subsidiária integral, revelou circunstância que, à luz do ordenamento jurídico pátrio, trouxe implicação tributária, qual seja, a de que a repactuação do empréstimo, dada a taxa de juros acordada, fosse devidamente registrada no Banco Central do Brasil, revelando-se imprópria para tal a simples comunicação, a título de renovação, da mudança nas condições de pagamento.

Observe, também, que o registro colacionado aos autos pela contribuinte, ao descrever as condições de lançamento da operação financeira, assinala que as NOTAS são listadas em BOLSA, tendo como praça a BOLSA DE VALORES DE LUXEMBURGO e como mercados de colocação a Europa e os Estados Unidos da América, representando, assim, uma OFERTA PÚBLICA de títulos.

Com a devida vênia, tais condições não guardam qualquer relação com o que foi proposto e acordado na alteração promovida na ESCRITURA DE FIDEICOMISSO.

O fato de o empréstimo tomado pela contribuinte contemplar sua repactuação não significa dizer que, alterada a sua característica essencial (captação por meio de oferta pública para empréstimo de subsidiária integral), tal “inovação” não deva ser adequadamente registrada no Banco Central do Brasil, de modo a satisfazer a exigência da lei tributária.

Inexiste, como alegou a contribuinte, vedação legal quanto a quem deve ou pode adquirir FIXED RATES NOTES no exterior, porém, quando resta configurada uma efetiva modificação na forma de obtenção do empréstimo, traduzida pela reunião de todos os títulos emitidos na titularidade de sua subsidiária integral no exterior, fica evidente que, para que se evite a aplicação do limite imposto pela lei tributária na dedução dos encargos envolvidos, tal fato seja, como já dito, refletido em contrato e que este seja devidamente registrado no Banco Central do Brasil.

A contribuinte, por meio da peça impugnatória, afirmou que o Banco Central analisou e aprovou a repactuação em debate, tendo, por meio da transmissão do Registro da Operação Financeira, lhe comunicado a respeito. Contudo, aos autos, só foi trazido o extrato correspondente ao Registro da Operação Financeira que, como reiteradamente afirmado, não traduz a repactuação empreendida.

O argumento da autoridade julgadora de primeira instância no sentido de que, considerados os documentos apresentados, foi possível verificar que a contribuinte possuía uma autorização Banco Central do Brasil (nº 241/33955, de 31 de outubro

de 1997) para emissão de Fixed Rate Notes, a serem colocadas no mercado europeu, no valor total de US\$ 150.000.000,00, não é digna de reparo. Porém, o que não restou comprovado foi o registro, nos termos da lei, do contrato representativo do mútuo pactuado com a sua subsidiária integral.

De fato, como alega a decisão combatida, não existe no Brasil diploma legal que vede a repactuação de um contrato de Fixed Rate Notes, contudo, existe lei que fixa limite à dedução dos juros no caso em que essa repactuação não é registrada no Banco Central do Brasil.

A embargante assevera que, embora o Conselheiro Relator tenha concluído que os documentos apresentados no curso do processo administrativo não seriam suficientes para comprovar o registro da repactuação dos Fixed Rate Notes no Banco Central do Brasil, acabou por esquivar-se de esclarecer qual seria a documentação hábil e suficiente à comprovação do atendimento à necessidade de registro no BACEN, limitando-se a, de forma reiterada, afirmar que a documentação trazida à baila pela ora Embargante é imprestável para tal fim. Acrescenta que a legislação invocada tão somente faz referência genérica à necessidade de registro no BACEN para fins de dedutibilidade dos juros pagos a pessoa ligada no exterior, sem que quaisquer requisitos formais específicos sejam estabelecidos. E, destacando as expressões que classifica como vagas, adotadas no voto condutor do julgado, aduz que não foi indicada qual seria a forma de registro no BACEN adequada, devida e prevista em lei.

Assevera que a legislação fiscal não traz qualquer exigência quanto à forma a ser observada para fins de registro dos contratos de mútuo no BACEN e que a repactuação dos Fixed Rate Note foi efetivamente registrada no BACEN, cumprindo todas as formalidades exigidas por tal órgão em operações desta natureza, especialmente mediante realização do Registro de Operações Financeiras para informação da referida renovação, depois da migração dos Certificados de Registro para o sistema SISCOMEX, ainda que com alteração na numeração do título, consoante detalhado nos embargos. Finaliza observando que não verificando qualquer irregularidade no procedimento da contribuinte, o BACEN emitiu o ROF nº TA 345775, que é a formalização do seu deferimento quanto à operação de renovação, e, se reporta a documento juntado no qual o BACEN responde aos questionamentos formulados pela contribuinte acerca dos documentos que seriam aptos à comprovação do registro da operação de renovação dos títulos emitidos em 1997.

O voto condutor do julgado embargado, como visto, nega efeitos à simples comunicação, a título de renovação, da mudança nas condições de pagamento, exigindo o registro da repactuação do empréstimo e da taxa de juros acordada. Destaca que foi alterada característica essencial do empréstimo (de captação por meio de oferta pública para empréstimo de subsidiária integral) e que em tais circunstâncias, para que se evite a aplicação do limite imposto pela lei tributária na dedução dos encargos envolvidos, tal fato seja, como já dito, refletido em contrato e que este seja devidamente registrado no Banco Central do Brasil. Quanto à prova do registro da repactuação, o Conselheiro Relator consigna que só foi trazido o extrato correspondente ao Registro da Operação Financeira que, como reiteradamente afirmado, não traduz a repactuação empreendida. E isso provavelmente porque, a descrição dos documentos juntados às fls. 126/132, 1314/1322 e 1416/1424 não revelariam a concordância do BACEN com a ressalva posta no primeiro registro, de que o BACEN não reconhece qualquer cláusula contratual ou aditivo que contrarie ou modifique as condições (características) constantes do presente certificado, sendo necessária a prévia autorização deste órgão para a efetivação de quaisquer remessas para o exterior não previstas neste documento ou em condições diversas das nele consignadas.

De fato, especialmente o documento de fls. 1318/1322 e 1416/1424, correspondente ao Registro de Operação Financeira nº TA 345775, apenas traz a renovação do prazo de pagamento dos títulos FRN para acrescer-lhe mais 360 (trezentos e sessenta) meses, expressamente negando a operação com o *intercompany*, e mantendo as características iniciais do lançamento dos títulos na Bolsa de Valores de Luxemburgo, em oferta pública. De outro lado, como exposto na escritura transcrita no voto condutor do acórdão embargado, o acordo para evitar o cancelamento das Notas na data de vencimento, e permitir que o pagamento da dívida somente fosse finalizado em 2035, foi firmado com subsidiária integral da contribuinte, e possivelmente somente se verificou em razão da ligação entre as empresas. Evidente, assim, que a contribuinte estendeu o prazo de pagamento dos juros em razão do novo acordo firmado com sua subsidiária, sendo insuficiente o registro junto ao BACEN, apenas, da prorrogação do prazo de vencimento dos títulos, sem a indicação de que esta renovação foi acordada com empresa ligada. A ausência desta informação no Registro de Operação Financeira nº TA 345775 impõe que sejam aplicados os limites legais à dedução de *juros pagos ou creditados a pessoa vinculada, quando decorrentes de contrato não registrado no Banco Central do Brasil*.

Estas as razões para ACOLHER os embargos, sem efeitos infringentes, sanando a obscuridade apontada pela contribuinte.

Transferência Indevida do Ágio

A acusação fiscal trouxe vários argumentos para glosar as amortizações de ágio que afetaram o lucro tributável do ano-calendário 2005:

A dedutibilidade dos encargos de amortização, portanto, está condicionada ao estrito cumprimento das condições impostas pelos referidos dispositivos. Caso estas sejam descumpridas, é inarredável concluir pela indedutibilidade de eventuais encargos de amortização contabilizados.

Conquanto os documentos apresentados mencionem que o ágio pago pela Camargo Corrêa Cimentos teve como fundamento econômico o valor de rentabilidade da empresa Loma Negra C.I.A.S.A., com base em previsão de resultados em exercícios futuros, há que se tecer algumas observações sobre este assunto, levando-se em conta as particulares do negócio.

O exame da legislação tributária correlata ao tema aqui enfrentado denota que a dedutibilidade dos encargos de amortização de ágio para fim de apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL cinge-se ao sobre preço pago que esteja assentado em expectativas de rentabilidade futura. Quaisquer outros fundamentos econômicos que eventualmente tenham alicerçado o ágio pago não autorizam sua amortização para efeito da apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL.

Outrossim, é inverossímil que o ágio efetivamente pago pela empresa CCC tivesse como fundamento econômico as expectativas de rentabilidade futura. Como desprezar todo o fundo de comércio da empresa "Loma Negra"? Para bem entender o alcance deste conceito, vem a propósito transcrever a definição do "Manual de Contabilidade das Sociedades por Ações" (7ª edição - página 172):

[...]

Relembrando que as empresas Gaby1, Gaby2 e Gaby3 foram compradas pelo valor de US\$ 775.818.303, em 09/11/2005, apesar de ser constituída por um Patrimônio Líquido de US\$ 136 milhões e com um ágio de US\$ 639,8 milhões e no estudo elaborado pelo grupo econômico Camargo Corrêa e seus assessores financeiros, a

Média Revisada do Valor do Capital era de US\$ 829 milhões, em 29/03/2005. Diante dos fatos apresentados, cabe indagar: O Grupo Camargo Corrêa pagou algum ágio ou teve ganho de capital na compra das empresas Gaby's ? Qual foi o intuito da criação das empresas Gaby's, sendo que as sócias já detinham as participações nas empresas Holdtotal S.A. e na Loma Negra CIASA? Qual a expectativa de rentabilidade futura? Por que foram feitos dois estudos das empresas Gaby's, sendo que um deles foi feito quase cinco após a transação? Apenas para tentar uma justificativa perante o fisco?

[...]

Na situação posta, as operações societárias engendradas pelo grupo econômico Camargo Corrêa tiveram como objetivo aproveitar-se da amortização do ágio pago pela empresa CCSA e gerado quando da aquisição das ações das empresas Gaby1, Gaby2 e Gaby3 (concretizadas em 09/11/2005) e transferidas para a empresa fiscalizada, em 30/11/2005 e no dia seguinte, incorporadas. E o ponto de partida para tal apropriação do ágio na empresa fiscalizada deu-se com o aumento de capital na empresa CCC, ocorrido em 30/11/2005, com a transferência das ações das empresas Gaby1, Gaby2 e Gaby3 e pelo pagamento de uma dívida, que a empresa CCSA tinha com sua controlada CCC. Conclui-se, por conseguinte, que o ágio inicialmente pago pela empresa CCSA foi transferido indevidamente para a empresa fiscalizada.

É patente o desiderato do grupo econômico Camargo Corrêa de utilizar-se das empresas adquiridas Gaby1, Gaby2 e Gaby3 para carrear tal ágio para a empresa fiscalizada. Tanto é assim que as empresas foram constituídas apenas para facilitar a concretização das transações de Compra e Venda de Ações ("Stock Purchase Agreement") e a transferência do ágio da empresa CCSA para a empresa fiscalizada, sendo efêmeras suas existências legais (foram constituídas em 05/2005, adquiridas em 09/11/2005, transferidas em 30/11/2005 e incorporadas em 12/2005), sendo que no breve período em que foram dotadas de personalidade jurídica, os balanços patrimoniais das empresas Gaby1, Gaby2, Gaby3 foram compostos apenas das contas de Participações em Investimentos contra Patrimônio Líquido.

Mostra-se de hialina clareza a flagrante intenção do grupo econômico de adquirir as empresas com o fim único de transferir o ágio. Trata-se de um caso típico de "empresas veículos", criada com este cínico intuito. A recente jurisprudência administrativa vem sendo firmada no sentido de se exigir um propósito negocial em operações societárias que visem apenas e tão-somente a alcançar benefícios fiscais, tal como no caso "sub examine". A título meramente ilustrativo, é oportuno transcrever excerto de julgado do então Conselho de Contribuintes (atual Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, conforme Medida Provisória nº 449/2008):

[...]

A transferência do ágio pago pela empresa CCSA constituiu a "operação- chave", a partir da qual o grupo econômico Camargo Corrêa pretendeu aproveitar-se do benefício fiscal concedido pela legislação pátria para diminuir as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL.

Ora, o ágio foi efetivamente pago pela empresa CCSA e não pela sua controlada CCC. Portanto, o ativo (ágio) decorrente da aquisição de ações haveria de ser contabilizado na empresa CCSA adquirente das ações das empresas Gaby1, Gaby2 e Gaby3 e não na sua controlada CCC, que recebeu as ações. As operações societárias desencadeadas após a aquisição das ações das Gaby's lastrearam-se nessa transferência do ágio pago pela empresa CCSA para a empresa CCC.

As condições de dedutibilidade de encargos de amortização de ágio previstas no art. 386 do RIR/99 tem como pressuposto uma anterior contabilização do custo de aquisição do investimento, nos termos do art. 385 também do RIR/99.

[...]

Resta incontestável, portanto, que o previsto no art. 385 do RIR/99 não é aplicável à Camargo Corrêa Cimentos, pois a empresa não comprou as empresas Gaby's, que foram usadas para a conferência de bens na subscrição de ações pelo seu valor "cheio", isto é, pelo seu valor de patrimônio líquido mais o ágio pago quando de sua aquisição pela empresa CCSA

Em sendo indiscutível a inaplicabilidade da norma contida no art. 385, § 2º inciso II, do RIR/99 à operação que deu origem ao ágio pago na aquisição das ações das empresas Gaby1, Gaby2 e Gaby3, também é de cristalina certeza a não subsunção dos fatos correspondentes às operações societárias subseqüentes (incorporação) à norma prevista no art. 386, inciso III do RIR/99, uma vez que a incidência daquela constitui pressuposto para a dedutibilidade autorizada por esta (atendidas as demais condições por ela impostas).

Por conseguinte, a despeito da tentativa da empresa CCSA de transferir para sua controlada CCC o ágio pago, a legislação não autoriza que tal ágio seja aqui transferido, no momento posterior a aquisição da participação, para efeito de apuração do lucro real e da base de cálculo da CSSL da empresa CCC.

[...]

É de cristalina certeza a subsunção dos fatos, que as empresas Gaby1, Gaby2 e Gaby3 eram sociedades estrangeiras controladas e não funcionaram no país à norma contida no art. 389, § 1º do RIR/99, que impossibilita a amortização do ágio e conseqüentemente a redução das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL na empresa CCC.

A Turma Julgadora de 1ª instância cancelou a glosa refutando todos os argumentos apresentados pela autoridade lançadora e, especificamente com referência à impossibilidade de transferência do ágio, consignou que:

Ocorre que a empresa CCSA não descontou qualquer ágio decorrente da aquisição e não incorporou as empresas Gaby1, Gaby2 e Gaby3, pois utilizou essas empresas para aumentar o capital da fiscalizada por conferência de ações, juntamente com o valor do pagamento de dívida que a CCSA tinha com uma controlada da fiscalizada, a empresa Cauê.

Constata-se que a empresa CCSA não reavaliou o valor das empresas Gaby1, Gaby2 e Gaby3, tendo transferido o controle dessas empresas pelo custo de aquisição, ou seja não gerou qualquer ágio por essa transferência de controle das empresas.

Somente quando as empresas Gaby1, Gaby2 e Gaby3 passaram ao controle da fiscalizada é que foram incorporadas e, a partir daí, o ágio gerado começou a ser amortizado.

*Observa-se aqui, por importante, que o ágio somente é dedutível após a **incorporação** da controlada ou coligada, **adquirida com ágio**, conforme determina o art. 386 do RIR/99 a seguir reproduzido:*

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

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

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

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

Por outro lado, a legislação fiscal não proíbe, que a controladora repasse o controle de empresas adquirida com ágio efetivamente pago, à sua controlada, pelo valor total pago, e uma vez que a CCSA não amortizou o ágio pago pelas empresas Gaby1, Gaby2 e Gaby3 e tendo a fiscalizada recebido e posteriormente incorporado as três empresas, desdobrado o custo de aquisição, a fiscalizada tem o direito de descontar o ágio nas condições preconizadas pelo o art. 386 do RIR/99, acima citado.

No voto condutor do julgado, depois de descrever a acusação fiscal, o Conselheiro Relator afastou dois dos fundamentos expostos pela autoridade lançadora, e restabeleceu as glosas de amortização em razão da constatação de que o ágio efetivamente pago pela empresa CAMARGO CORRÊA S/A, e não pela fiscalizada, inexistindo, na legislação, norma que autorize transferência da referida despesa em momento posterior a aquisição da participação, a evidenciar que na dedução do ágio, a fiscalizada não observou as condições impostas pela legislação (art. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997), consoante assim exposto:

Apreciando, contudo, os fatos e a legislação a eles aplicada, inclino-me a acolher a tese expendida pela autoridade fiscal no sentido de que não encontram presentes circunstâncias capazes de autorizar a amortização do ágio em questão.

Com efeito, considerado o disposto no caput do art. 385 do Regulamento do Imposto de Renda de 1999 (RIR/99), abaixo transcrito, descabe falar em apropriação de ágio por parte da CAMARGO CORRÊA CIMENTOS, a fiscalizada, quando resta indiscutível que quem incorreu no suposto sobrepreço foi a pessoa jurídica CAMARGO CORRÊA S/A e que a transferência das participações, dela para a fiscalizada, se deu em razão de aumento de capital e quitação de dívida.

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):

...

Alinho-me, aqui, ao entendimento esposado na peça de autuação no sentido de que o disposto no inciso III do art. 386 do RIR/99 (abaixo reproduzido) não pode ser interpretado de forma dissociada da norma estampada no caput do art. 385 do referido ato regulamentar, ou seja, o dever de segregar o custo de aquisição, no caso de avaliação de investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido, obviamente é de quem incorreu em tal custo, e a faculdade de amortizar o ágio antes segregado não é deferida a outro senão àquele que adquiriu a participação societária com sobrepreço.

Art. 386. A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com

ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no artigo anterior (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, e Lei nº 9.718, de 1998, art. 10):

...

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

...

Registro que a única transferência de ágio albergada pela legislação vigor, condenada, diga-se de passagem, por robusta doutrina, é a prevista no inciso II do parágrafo 6º do art. 386 do RIR/99, que em nada se assemelha à situação sob exame.

Nesse particular, discordo da apreciação feita em primeira instância acerca da referida indagação, eis que, salvo melhor juízo, não resta dúvida de que aquele que paga por um ativo montante inferior ao que este efetivamente representa no ato de aquisição, tem efetivamente um GANHO DE CAPITAL.

Considerado o relato feito pela autoridade autuante, parece que a própria empresa CAMARGO CORRÊA S/A tinha conhecimento da impossibilidade, face a ausência de previsão legal, da transferência do ágio em questão, eis que, ao aportar as ações das empresas GABY 1, GABY 2 e GABY 3 na subscrição de capital feita na fiscalizada, o fez pelo valor “cheio”, ou seja, pela soma não segregada de valor de patrimônio líquido e ágio.

Apesar de concordar com a decisão de primeiro grau no sentido de que não restam configurados nos autos circunstâncias que indiquem a constituição de “empresa-veículo” no âmbito de um planejamento tributário, rejeito o argumento ali esposado de que a legislação fiscal não proíbe que a controladora repasse o controle de empresas adquirida com ágio efetivamente pago, à sua controlada, pelo valor total pago.

Não se trata, como parece crer a Turma Julgadora de primeiro grau, de vedação ao repasse de controle de empresas, mas, sim, de ausência de lei autorizadora de transferência de ágio por meio de subscrição de aumento de capital e de quitação de dívida.

Observo que a contribuinte, por meio da peça impugnatória, sustentou que, no caso de amortização de ágio, inexistia previsão legal que permita a adição da referida despesa na determinação da base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido.

Creio que o argumento é digno de reparo.

Não se trata de falta de autorização para adição, mas, sim, de ausência de previsão legal para amortização, por força do disposto no inciso III do art. 386 do RIR/99, isto é, a faculdade de amortização refere-se à apuração do lucro real. Assim, ainda que se admitisse, no presente caso, a amortização pretendida pela fiscalizada, ela só seria possível na determinação da base de cálculo do imposto de renda.

Diante do exposto sou, também, por dar provimento ao recurso relativamente a este item.

A embargante diz que o voto condutor do julgado, em primeiro momento, afirma a impossibilidade legal de transferência do ágio, porque quem incorreu no sobrepreço foi outra pessoa jurídica (Camargo Corrêa S/A), e a transferência das participações para a fiscalizada se deu em razão de aumento de capital e quitação de dívida, porém, mais à frente, o Conselheiro Relator *parece entender que, no caso concreto, teria ocorrido uma indevida*

transferência do ágio para a ora Embargante, ao apontar que a subscrição e integralização do capital da embargante, com as ações das investidas, se deu sem a segregação do ágio.

Entende a interessada que o raciocínio desenvolvido no julgado *é claramente contraditório, porque ao mesmo tempo em que se afirma que o ágio teria sido transferido indevidamente para a Embargante em um determinado ponto da decisão, em outro aparentemente se questiona a própria ocorrência da transferência do ágio.* Em consequência, não lhe é possível determinar *com certeza qual é o entendimento manifestado por esta E. Turma a respeito da ocorrência ou não de indevida transferência do ágio para a Embargante.*

Constata-se no voto condutor do julgado que o Conselheiro Relator expressou motivação suficiente para a conclusão de que o ágio somente poderia ensejar amortizações dedutíveis pela sociedade que efetivamente adquiriu os investimentos com ágio, qual seja, Camargo Corrêa S/A (CNPJ nº 01.098.905/0001-09), e não pela fiscalizada, sua controlada, Camargo Corrêa Cimentos S/A (CNPJ nº 62.258.884/0001-36), que somente recebeu as participações *em razão de aumento de capital e quitação de dívida.* Isto porque os arts. 385 e 386 do RIR/99 impõem a interpretação de que *o dever de segregar o custo de aquisição, no caso de avaliação de investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido cabe àquele que adquiriu a participação societária com sobrepreço, no caso, Camargo Corrêa S/A.*

Porém, na sequência desta abordagem, o Conselheiro Relator menciona que Camargo Corrêa S/A, sabendo daquela limitação, *ao aportar as ações das empresas GABY 1, GABY 2 e GABY 3 na subscrição de capital feita na fiscalizada, o fez pelo valor “cheio”, ou seja, pela soma não segregada de valor de patrimônio líquido e ágio.* A análise de todo o processo fiscal revela, em verdade, que o Conselheiro Relator pretendia, apenas, reproduzir em sua argumentação o seguinte excerto da acusação fiscal:

2.2.3.27 Resta incontestável, portanto, que o previsto no art. 385 do RIR/99 não é aplicável à Camargo Corrêa Cimentos, pois a empresa não comprou as empresas Gaby's, que foram usadas para a conferência de bens na subscrição de ações pelo seu valor "cheio", isto é, pelo seu valor de patrimônio líquido mais o ágio pago quando de sua aquisição pela empresa CCSA

Significa dizer que para cumprir com sua obrigação de subscrever o capital da fiscalizada, Camargo Corrêa S/A entregou-lhe as participações societárias em Gaby1, Gaby2 e Gaby3 já pelo valor "cheio" pago em sua aquisição, contemplando o valor equivalente ao patrimônio líquido das investidas e o ágio. Certamente os investimentos assim transferidos foram registrados pela fiscalizada com a segregação do ágio, pois de outra forma não seria possível a existência das amortizações aqui glosadas. Contudo, a argumentação desenvolvida pelo Conselheiro Relator evidencia, nos termos da sua conclusão, que embora assim promovida a operação, sua repercussão tributária não pode ser admitida, dada a *ausência de lei autorizativa de transferência de ágio por meio de subscrição de aumento de capital e de quitação de dívida.*

Conclui-se, do exposto, que inexistente contradição no julgado, mas sim obscuridade acima esclarecida, razão pela qual os embargos são ACOLHIDOS sem efeitos infringentes.

Dedução do Ágio da Base de Cálculo da CSLL

A interessada entende que há contradição na afirmação contida no voto condutor do acórdão embargado, no sentido de que *a amortização do ágio seria aplicável apenas à base de cálculo do IRPJ, uma vez que não haveria autorização legal para a sua dedução da base de cálculo da CSLL*. Reportando-se aos argumentos apresentados em recurso voluntário, a embargante aduz que não há previsão legal da adição correspondente no âmbito da apuração da CSLL e que, considerando que a CSLL tem por base de cálculo o lucro líquido com ajustes expressamente previstos, sendo a amortização contábil do ágio permitida até a edição da Lei nº 11.638/2007, nada há que vede a referida dedução.

O voto condutor do acórdão embargado trouxe as seguintes referências acerca do tema:

Observo que a contribuinte, por meio da peça impugnatória, sustentou que, no caso de amortização de ágio, inexistia previsão legal que permita a adição da referida despesa na determinação da base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido.

Creio que o argumento é digno de reparo.

Não se trata de falta de autorização para adição, mas, sim, de ausência de previsão legal para amortização, por força do disposto no inciso III do art. 386 do RIR/99, isto é, a faculdade de amortização refere-se à apuração do lucro real. Assim, ainda que se admitisse, no presente caso, a amortização pretendida pela fiscalizada, ela só seria possível na determinação da base de cálculo do imposto de renda.

Novamente não se verifica contradição como apontado pela embargante, até porque sua argumentação confronta a decisão com sua defesa, e não a decisão e seus fundamentos. Mas isto também porque a decisão limita a previsão legal de amortização do ágio ao art. 386, III do RIR/99, refutando de forma sumária a alegação, contida em impugnação (fls. 1151/1153), de que a jurisprudência administrativa demanda norma legal específica a determinar a adição em referência.

Assim, cumpre apenas esclarecer que o art. 386, III do RIR/99 tem por fundamento legal a Lei nº 9.532/97, cujo texto fez referência, apenas, à repercussão das amortizações de ágio na apuração do lucro real, base de cálculo do IRPJ. Veja-se:

Art. 7º A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977:

I - deverá registrar o valor do ágio ou deságio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "a" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, em contrapartida à conta que registre o bem ou direito que lhe deu causa;

II - deverá registrar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "c" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, em contrapartida a conta de ativo permanente, não sujeita a amortização;

*III - poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do §2º do art. 20 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à **apuração de lucro real**, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração; (Redação dada pela Lei nº 9.718, de 1998)*

IV - deverá amortizar o valor do deságio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados durante os cinco anos-calendários subsequentes à incorporação, fusão ou cisão, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no mínimo, para cada mês do período de apuração.

§ 1º O valor registrado na forma do inciso I integrará o custo do bem ou direito para efeito de apuração de ganho ou perda de capital e de depreciação, amortização ou exaustão.

§ 2º Se o bem que deu causa ao ágio ou deságio não houver sido transferido, na hipótese de cisão, para o patrimônio da sucessora, esta deverá registrar:

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

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

§ 3º O valor registrado na forma do inciso II do caput:

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

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

§ 4º Na hipótese da alínea "b" do parágrafo anterior, a posterior utilização econômica do fundo de comércio ou intangível sujeitará a pessoa física ou jurídica usuária ao pagamento dos tributos e contribuições que deixaram de ser pagos, acrescidos de juros de mora e multa, calculados de conformidade com a legislação vigente.

§ 5º O valor que servir de base de cálculo dos tributos e contribuições a que se refere o parágrafo anterior poderá ser registrado em conta do ativo, como custo do direito.

Art. 8º O disposto no artigo anterior aplica-se, inclusive, quando:

a) o investimento não for, obrigatoriamente, avaliado pelo valor de patrimônio líquido;

b) a empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a propriedade da participação societária. (negrejou-se)

Daí a interpretação de que caberia à legislação de regência da CSLL constituir hipótese semelhante para permitir que as amortizações afetassem sua base de cálculo.

Desta forma, inexistindo contradição no julgado, mas sim obscuridade acima esclarecida, os embargos são ACOLHIDOS sem efeitos infringentes.

(documento assinado digitalmente)

EDELI PEREIRA BESSA – Relatora

Processo nº 10880.721862/2010-45
Acórdão n.º **1302-001.821**

S1-C3T2
Fl. 23

CÓPIA