



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

Processo nº 10882.002482/2006-10
Recurso nº 176.671 Voluntário
Acórdão nº **1103-00.630 – 1ª Câmara / 3ª Turma Ordinária**
Sessão de 15 de março de 2012
Matéria IRPJ
Recorrente DIAGNÓSTICO DA AMÉRICA S.A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Exercício: 2001

Ementa: ÁGIO NA AQUISIÇÃO DE PARTICIPAÇÕES ACIONÁRIAS. AMORTIZAÇÃO. VINCULAÇÃO A FUNDAMENTO ECONÔMICO ESPECÍFICO – RENTABILIDADE FUTURA.

_ A legislação (§ 3º do art. 20 do Decreto-lei nº. 1.598/77) exige do contribuinte, na hipótese de pagamento de ágio em vista de rentabilidade futura, esteja o fundamento econômico indicado em demonstração específica, arquivada na escrituração.

_ as pessoas jurídicas podem, sem qualquer restrição, procederem ao pagamento de ágio na aquisição de participações acionárias (procedimento corrente, inclusive), estando autorizadas a procederem à amortização do ágio com base na expectativa de rentabilidade futura, não se exigindo a concretização desta.

Recurso voluntário provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, DAR provimento por maioria, vencidos os Conselheiros Mário Sérgio Fernandes Barroso e José Sérgio Gomes.

ALOYSIO JOSÉ PERCÍNIO DA SILVA - Presidente.

HUGO CORREIA SOTERO - Relator.

EDITADO EM: 08/05/2012

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Aloysio José Percínio da Silva, Mário Sergio Fernandes Barroso, Marcos Shigueo Takata, José Sérgio Gomes, Eric Moraes de Castro e Silva e Hugo Correia Sotero.

Relatório

A Recorrente teve contra si formalizado Auto de Infração que consubstancia exigência de Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ) e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), estribando-se o lançamento na afirmação de que teria a Recorrente realizado deduções indevidas no procedimento de apuração do lucro no ano de 2001, versando ditas deduções sobre ágio pago na incorporação de outras empresas.

Do Termo de Verificação Fiscal (fls. 928/956) se extrai:

“7. DA CONTABILIZAÇÃO DO ÁGIO NA AQUISIÇÃO DAS EMPRESAS – ATACAMA – LAMINA – LAB BRONSTEIN - BRONSTEIN AD

Conforme extratos contábeis anexados ao processo, referentes a empresa ATACAMA, a mesma, em 15.12.2000, contabilizou na conta 131.201 – ÁGIO LAB BRONSTEIN o valor de R\$ 41.981.433,82 a título de ágio na aquisição LAB BRONSTEIN e BRONSTEIN AD.

Foi complementado o lançamento do ágio na aquisição do BROSNTein AD, na mesma conta anterior, em 01.01.2001, com o lançamento de R\$ 415.000,00 e na conta 131.203 – ÁGIO BRONSTEIN AD, em 01.01.2001, de R\$ 34.000,00.

Todos estes três lançamentos totalizam R\$ 42.430.433,82, que correspondem ao valor informado em planilha de 24.11.2006, que detalha a amortização do ágio, bem como em correspondência de 12.12.2006, a qual detalha que os balanços foram levantados em 30.11.2000, data base da aquisição. Reporta esta planilha que o valor total da aquisição acionária foi de R\$ 47.475.027,09.

Conforme os mesmo extratos contábeis, a empresa ATACAMA contabilizou na conta 131.205 – ÁGIO LAMINA, o valor de R\$ 20.170.100,50, o qual se encontra próximo ao valor de R\$ 20.167.184,21, que foi informado em planilha de 24.11.2006, que detalha a amortização do ágio, bem como em correspondência de 12.12.2006, a qual detalha que os balanços foram levantados em 31.01.2001, data base da aquisição. Reporta esta planilha que o valor total da aquisição acionária foi de R\$ 21.789.945,95.

Em 30.06.2001, a DASA contabilizou, quando da incorporação da ATACAMA, o valor residual de R\$ 55.966.802,07, com o

histórico de ABSORÇÃO ÁGIO ATACAMA, na conta 131.203, para continuidade da amortização mensal.

8. DA AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO POR RENTABILIDADE FUTURA -

ATACAMA - LAMINA - LAB BRONSTEIN - BRONSTEIN AD

Da análise dos tópicos anteriores, podemos inferir que a DASA procedeu à utilização da empresa ATACAMA meramente para o fim desincorporar as empresas BRONSTEIN LAB, BRONSTEIN AD e LAMINA. Com esta forma atípica de proceder a aquisição de terceiras empresas, a DASA poderia estar ensejando o aproveitamento de algum planejamento tributário, na área do ganho de capital ou na dissimulação de valores, e em especial, gerando dificuldades para o acompanhamento pela Administração Tributária destas situações.

9. DA FALTA DE ADEQUADA JUSTIFICATIVA PARA A CONSTITUIÇÃO DE ÁGIO POR RENTABILIDADE FUTURA E AMORTIZAÇÃO MENSAL - ATACAMA - LAB BRONSTEIN - BRONSTEIN AD - LAMINA

Quando intimado em 21.11.2006, a apresentar os FUNDAMENTOS ECONÔMICOS, consubstanciados em documentos que justifiquem adequadamente a contabilização do ágio na forma como procedido pela fiscalizada, a mesma se limitou a entregar uma apresentação de slides gerada no aplicativo powerpoint, da Microsoft, denominada INVESTMENT OPPORTUNITY, bem como planilhas denominadas FINANCIAL STATEMENTS, mediante correspondência de 24.11.2006.

Novamente intimado em 04.12.2006 a esclarecer as planilhas justificadoras dos FUNDAMENTOS ECONÔMICOS, agora apresentando os critérios econômicos e jurídicos da contabilização do ágio, bem como sua dedução no resultado, a mesma afirma em correspondência de 12.12.2006 o seguinte:

(a) para a empresa LAMINA, o valor máximo admissível para a aquisição era de R\$ 33.462.200,00, conforme linha DISCOUNTED CASH FLOW da planilha respectiva, e, (b) para a empresa LAB BRONSTEIN e BRONSTEIN AD, o valor admissível máximo era de R\$ 48.921.000,00, conforme linha DISCOUNTED CASH FLOW da planilha respectiva.

Saliente-se que a planilha apresentado sob o título de FINANCIAL STATEMENTS, tem embasamento e origem no conceito de EBITDA (earnings before interest, taxes, depreciation and amortization), ou seja, em português LAJIDA (lucros antes de juros, impostos, depreciação e amortização), o qual será tratado especificamente pela fiscalização neste Termo.

Desde este momento a fiscalizada tenta gerar uma proposital e desesperada confusão semântica da expressão "previsão dos resultados nos exercícios futuros", constante da legislação aplicável, com a linha "DISCOUNTED CASH FLOW", ou logo

mais, "valor econômico", em seus FINANCIAL STATEMENTS, demonstrativos e respostas às intimações.

...

10. DAS PLANILHAS DE FINANCIAL STATEMENTS APRESENTADAS - MÉTODO EBITDA ou LAJIDA

Trata-se, na verdade, de uma forma de medir desempenho da empresa em termos de fluxo de caixa e de auxiliar, de forma prática, no processo de avaliar a empresa como um todo, olhando basicamente a capacidade de geração de recursos dos ativos da entidade. Ou seja não se trata de uma ferramenta destinada a avaliar a rentabilidade da empresa nos moldes da legislação fiscal e societária.

Para o fim de avaliação na aquisição de uma empresa, o que interessa é a capacidade que a empresa tem de produzir benefícios aos seus sócios, sendo estes basicamente o dinheiro que a mesma é capaz de gerar. A sua capacidade de gerar lucros, representa o retorno do investimento feito, investimento correspondente ao dos sócios que a criaram, ou nos seus aumentos de capital, logo o lucro da empresa representa o lucro de seus sócios originais, mas não necessariamente o lucro dos novos sócios. Para estes, seu lucro pode ser muito maior ou menor do que o reportado pela empresa, dependendo de quanto investiram nesta aquisição. Por isto, normalmente não se avalia uma empresa pelo que produz de lucros, mas sim o que ela produz de caixa.

Existem vários critérios para avaliação de empresas, entre eles o já citado EBITDA (Earnings Before Interest, Taxes, Depreciation, and Amortization) traduzido para LAJIDA (Lucro antes dos juros, impostos diretos, depreciações e amortizações). Este conceito corresponde simplesmente ao caixa gerado pelos ativos genuinamente operacionais, ou seja representa o potencial de caixa que o ativo operacional de uma empresa é capaz de produzir, antes inclusive de considerar o custo do capital tomado emprestado.

...

12. DA CONTABILIZAÇÃO DO ÁGIO – PLATYPUS HOLD

O balanço patrimonial levantado por ocasião da incorporação, na data de 12.10.2001, revela que a empresa PLATYPUS HOLD tem investimentos de R\$ 35.745.683,36 e ágio correspondente no valor de R\$ 50.022.996,35. A demonstração de resultados anexa revela que houve a amortização do ágio em R\$ 7.091.762,01, no período de 01.01.2001 a 12.10.2001.

14. DA FALTA DE ADEQUADA JUSTIFICATIVA PARA A MANUTENÇÃO DO ÁGIO POR RENTABILIDADE FUTURA E AMORTIZAÇÃO MENSAL - PLATYPUS HOLD

Ainda que intimado em 21.11.2006, e re-intimado em 04.12.2006, a apresentar os FUNDAMENTOS ECONÔMICOS, consubstanciados em documentos que justifiquem adequadamente a contabilização do ágio na forma como procedido pela fiscalizada, a mesma se limitou, em 12.12.2006, a entregar uma apresentação de slides gerada no aplicativo powerpoint, da Microsoft, denominada INVESTMENT OPPORTUNITY, bem como planilhas denominadas FINANCIAL STATEMENTS, baseadas em EBITDA, as quais já haviam sido apresentadas em 2004, quando da lavratura do auto de infração contido no processo 10882.001031-2004-95, o qual se encontra hoje em julgamento pelo Conselho de Contribuintes.

Naquela ocasião foi analisada a amortização de ágio gerado e amortizado a partir de julho-1999, quando da aquisição de quotas de propriedade do Sr. HUMBERTO DELBONI FILHO na empresa LABORATÓRIO CLÍNICO DELBONI AURIEMO S/C LTDA, que foi sucedida pela DASA, tendo sido reclassificada o fundamento do ágio e glosadas as amortizações mensais deste ágio.

Ora, a apresentação de tais elementos, que já foram anteriormente apresentados para justificar operações ocorridas em 1999, não pode embasara constituição de ágio por rentabilidade futura em aumentos de capital ocorridos em final de 2000 e meados de 2001.

Além da fragilidade dos FUNDAMENTOS ECONÔMICOS embasadores do ágio contabilizado com a incorporação, resta a argumentação da formação de "ágio de si mesmo", que é uma consequência da "incorporação às avessas".

Não podemos olvidar que a empresa PLATYPUS S.A., controladora PLATYPUS HOLD, também investidora na DASA, ao invés de fazer investimento direto na DASA, preferiu fazer investimento indireto através de sua controlada PLATYPUS HOLD, possibilitando a contabilização de inadequado ágio, o qual foi transferido posteriormente, mediante incorporação societária em 12.10.2001, para a própria investida, gerando uma amortização mensal completamente incompatível com a sistemática da AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO BASEADO EM RENTABILIDADE FUTURA."

De acordo com os termos do Termo de Verificação Fiscal, o lançamento de ofício foi formalizado por entender a autoridade lançadora a inadmissibilidade da amortização do ágio pago na aquisição (incorporação) das empresas Atacama, Lab Bronstein, Bronstein AD, Lâmina e Platypus S/A, vez que: a) as empresas tinham relação entre si; b) não apresentou a Recorrente justificativa adequada para manutenção do ágio por rentabilidade futura, não se prestando a tanto os documentos (laudos e avaliações) apresentados no curso do procedimento de fiscalização.

No que concerne à justificativa para manutenção do ágio por rentabilidade futura, desconsiderou a autoridade lançadora as previsões realizadas pela Recorrente com base no método "EBITDA", considerando o critério inadequado para avaliação de rentabilidade

futura, já que a mera modificação de variáveis (válidas) enseja resultados extremamente dispare. Para além, consigna a autoridade lançadora que as previsões de rentabilidade não se concretizaram, o que impediria a amortização do ágio no procedimento de apuração do lucro real.

Notificada do lançamento, apresentou a Recorrente a impugnação de fls. 1017-1060, arguindo, prefacialmente, que a fiscalização, em atitude contrária a garantias constitucionais, especialmente a legalidade, desclassificou o ágio contabilizado com base na rentabilidade futura do empreendimento para como se o tivesse sido com fundamento em 'outras razões econômicas'. Assevera que as amortizações foram realizadas segundo os estritos ditames do Decreto-lei nº 1.598/77 e da Lei 9.532/97 e que, na visão da fiscalização *somente restaria autorizada a amortização do ágio pago sob a perspectiva de rentabilidade futura, quando observados os seguintes requisitos: (i) produção e (ii) manutenção em arquivo de documento que de suporte à perspectiva de obtenção de lucros futuros, bem como (iii) diante da efetiva concretização dos lucros projetados.*

Argumenta ainda que no § 3º do art. 20 do Decreto-lei nº 1.598/77 (art. 385 do RIR/99) não há qualquer menção quanto à necessidade de efetiva concretização dos lucros previstos — requisito criado pela fiscalização, inexistindo dispositivo legal que obrigue a efetivação dos lucros previstos.

Para além, afirma que, considerando os três fundamentos econômicos que a lei permite que se dê ao ágio na aquisição de empresas, restou claro à impugnante que a sua hipótese estaria na alínea "h" do § 2º do art. 20 do Decreto-lei 1.598/77 – hipótese para a qual o parágrafo 3º do mesmo artigo exige o arquivamento de documento que de suporte a perspectiva de lucros futuros; valendo-se da permissão concedida no inciso III do art. 7º da Lei 9.532/97 (art. 386 do RIR/99), foram amortizados os valores pagos a título de ágio, sendo respeitados os limites legais estabelecidos (razão de 1/60 ao mês), dando suporte à operação as Planilhas "Financial Statements" que adotaram o método EBITDA, projeções financeiras e de fluxo de caixa, e pelos relatórios denominados "Investment Opportunity" elaborados pela empresa Patrimônio Investimentos Participações Ltda.

Especificamente quanto ao ágio da empresa Platypus Holdings Ltda. Argumenta que: (a) neste caso, o ágio contabilizado pela teve origem na aquisição de ações do Laboratório Delboni Auriemo, sendo esse valor decorrente de aumento de capital realizado posteriormente à aquisição; (b) trata-se de ágio apurado em parcela paga posteriormente pela Platypus Holdings Ltda na aquisição do Laboratório Delboni Auriemo, razão pela qual, em que pese a aquisição ter ocorrido no ano de 1999, os elementos relativos a esta operação, justificam a constituição do ágio por rentabilidade futura decorrente de aumento de capital ocorrido entre o final de 2000 e o início de 2001; (c) a contabilização em separado do valor pago a título de ágio também se aplica no caso de aquisição de participação societária, por inexistir na legislação qualquer vedação que restrinja este procedimento relativamente à participação societária adquirida num segundo momento (após a aquisição inicial) por via de aumento de capital; (d) os documentos que comprovam a origem dos valores pagos (fls. 480/580) consistem nos documentos societários da empresa Platypus, relatório da empresa de consultoria Booz Allen Hamilton, cujas conclusões foram otimistas em relação à empresa investida (Lab. Delboni Auriemo), demonstrações financeiras (Financial Statements) que utilizaram o método EBITDA —já apresentados no processo 10882.001031/2004-95; (e) a reclassificação do ágio e a glosa dos valores amortizados não procedem, por terem sido observados os requisitos legais e faz remissão aos argumentos antes expostos.

Submetido o lançamento à apreciação da Delegacia de Julgamento de Campinas (SP), foi o mesmo julgado procedente por decisão assim ementada:

“ÁGIO EM INVESTIMENTO. AMORTIZAÇÃO. REQUISITOS PARA DEDUTIBILIDADE. A amortização do ágio, como regra geral, é indedutível para a apuração do lucro real, bem como da base de cálculo da CSLL. A possibilidade de deduzi-lo prevista no art. 386, III, do RIR/99 refere-se hipótese em que a pessoa jurídica absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio fundamentado em rentabilidade da coligada ou controlada com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros, caso em que a amortização poderá ser feita à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração, inclusive no caso de incorporação da controladora por sua controlada. Não configurada tais hipóteses, mas sim a pretensão de amortização de ágio da própria investidora, e/ou ou não justificada a previsão de rentabilidade futura, mantém-se a glosa da amortização.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL. A exigência decorrente deve seguir a orientação decisória adotada para o tributo principal, tendo em vista ser fundada nos mesmos fatos.

Lançamento Procedente.”

Da decisão se extrai:

“Inicialmente, cabível consignar que, abrangendo o ano-calendário 2001, já fora formalizada contra o contribuinte ora autuado, no processo 10882.001031/2004-95, entre outras, exigência por indedutibilidade de ágio (ágio este que havia sido pago por empresas incorporadas — Origem e Antuérpia — na aquisição de participação societária da própria incorporadora (fiscalizada), com fundamento em ‘rentabilidade futura’, além de apropriação de ágio na incorporação da empresa Cantalon S.A.).

...

Na verdade, nada opõe especificamente o impugnante acerca do conjunto das operações descritas e dos objetivos que nelas identificou a fiscalização, mas direciona, inicialmente, sua defesa no sentido de questionar a possibilidade de a fiscalização alterar o motivo da contabilização do ágio de “rentabilidade futura do empreendimento” para “outras razões econômicas”. Entende que, divergindo a fiscalização do fundamento do ágio, caberia apenas a glosa dos valores indevidamente amortizados.

Contudo, a fiscalização não procedeu a uma simples desclassificação da motivação do ágio. Antes disso, demonstrou as peculiaridades das incorporações ocorridas que resultaram na absorção do ágio. Na seqüência, expôs razões de fato e de direito que levaram conclusão de inexistência de documentação legalmente exigida para justificar a contabilização de ágio em função de rentabilidade futura e para permitir a sua

dedutibilidade. Em razão disso, apesar de ter exposto que, para a situação materialmente ocorrida, o ordenamento consagra a regra inserta na alínea "c" do § 2º do art. 20 do DL 1.598/77 (fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas - fls. 961), tem-se que a exigência decorre exatamente da glosa das parcelas indevidamente amortizadas, sem quaisquer outras consequências.

E, ao imputar a falta de adequada justificativa para a constituição do ágio por rentabilidade futura e amortização mensal, a fiscalização o fez com base nas determinações do art. 20 do Decreto-lei 1.598, de 26/12/1977, e arts. 70 e 8º da Lei 9.532/97, citados dentre a legislação aplicável e a seguir transcritos:

...

Assim, a possibilidade de deduzir o ágio na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL restringe-se ao caso previsto no art. 386, III, do RIR/99 — art. 7º, III, da Lei 9.532/97, qual seja: em que a pessoa jurídica absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio fundamentado em rentabilidade da coligada ou controlada com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros, caso em que a amortização poderá ocorrer à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração.

Observe-se que, tendo a lei estabelecido condição para dedutibilidade do ágio — demonstração que comprove a contabilização — tem a fiscalização o poder-dever de verificar a observância ou não de tal condição e de questionar o conteúdo da demonstração apresentada. Se assim não fosse, inócua seria a imposição da condição.

...

Do exposto, vê-se que detectou a fiscalização ausência de esclarecimentos acerca de premissas que embasaram a previsão que teria justificado o pagamento do ágio, demonstrando os significativos efeitos de alocação, nas projeções, de valores decorrentes de variáveis (em especial a perpetuidade), sobre as quais, apesar de intimado, nada elucidou o contribuinte. E, acerca de tais constatações, especialmente da influência da variável designada por perpetuidade, também nada foi oposto especificamente na peça de defesa.

Ao contrário, o impugnante reconhece que as conclusões dos documentos apresentados foram extremamente otimistas em relação as empresas investidas (fls. 1042), sem apresentar uma justificativa razoável para este otimismo. E, ainda, defende que por mais que o contribuinte disponha de elementos que possam enquadrar o ágio pago em uma ou outra hipótese, tendo em conta tratar-se de alternativas que se excluem mutuamente, deve-se optar por aquela que seja mais razoável diante do caso concreto (fls. 1.038). Mas, a opção de atribuir o ágio em questão

â rentabilidade futura, não se mostra a mais razoável, diante de projeções que o próprio impugnante qualifica de extremamente otimistas.

Alem disso, ao se manifestar sobre a constatação fiscal de significativa variação do valor econômico da Bronstein e Lamina em função de mera variação de algumas premissas e ponderações utilizadas no método de avaliação, o impugnante admite expressamente que as projeções poderão sofrer variações conforme o método e premissas utilizados (fls. 1.046).

Apesar disso, alega que, inexistindo fixação em lei de critérios de avaliação a serem adotados, impossível seria a contestação dos métodos utilizados. Alegação do mesmo sentido é apresentada em relação à utilização das Planilhas EBITDA.

...

Ocorre que, como visto, a fiscalização, em sua análise, demonstrou que, embora o método EBITDA seja uma forma de medir desempenho da empresa em termos de fluxo de caixa, auxiliando no processo de avaliar a empresa como um todo, não se destina a avaliar a rentabilidade da empresa nos moldes da legislação fiscal e societária.

Isto porque, para o fim de aquisição de uma empresa, o que interessa é a sua capacidade de produzir benefícios aos seus sócios, ou seja, o dinheiro que a empresa é capaz de gerar. E tal apuração não é refletida por meio do citado método, posto que, nele são considerados, dentre outros pressupostos: (a) Como fluxo financeiro o fluxo de caixa operacional mais recente da empresa, desconsiderando receitas e despesas financeiras e outros itens não operacionais, bem como impostos sobre o resultado; (b) Como horizonte do fluxo financeiro um fluxo perpétuo desse valor; e (c) Como taxa de desconto um valor predeterminado considerado na definição do multiplicador a ser utilizado.

...

Ainda, quanto à efetivação dos resultados previstos, não há vício algum no fato de a fiscalização ter presumido a sua incorrência. Se o contribuinte, apesar de intimado a discriminar os efeitos de cada incorporação (ou por centro de custos ou outro método) no resultado obtido, nada apresenta, mas se limita a alegar que a fiscalização deveria disponibilizar modelo para que pudesse atender a intimação, valeu-se o autuante do resultado efetivamente declarado pelo contribuinte, qual seja: lucro líquido negativo (prejuízo) ao final de 2001 (fls. 885), resultado que se repetiu ao final dos anos de 2002 a 2005, conforme declarações de ajustes para períodos encerrados em 31/12 dos referidos anos (pesquisas juntadas as fls. 1.214 a 1.217).

Nesse sentido, também não se confirma a alegação do Impugnante de que teria apurado lucro durante o período

fiscalizado. Tal alegação não é acompanhada de prova alguma, enquanto que, para o ano-calendário de 2001, conforme DIPJ constante de fls. 815, foi apurado lucro líquido negativo de R\$ 6.881.425,02.

Ademais, a inexistência de acompanhamento, por parte do contribuinte, da efetivação dos resultados previstos, hábeis a justificar a amortização do ágio da forma linear como foi feita, independentemente dos efeitos de cada uma das três incorporações questionadas, reforça a indedutibilidade do ágio nos moldes em que contabilizado, pois não comprovados os efeitos de cada incorporação, no resultado da fiscalizada, que permitisse a absorção dos correspondentes valores contabilizados a título de ágio.

Acréscete-se que, não confirmada a previsão de rentabilidade futura, somente seria aceitável que o contribuinte, em situação de constantes prejuízos, amortizasse o ágio pago em razão daquela previsão, em circunstâncias em que o desempenho da empresa fosse afetado por casos fortuitos ou de força maior — ocorrência que sequer foi aventada pelo impugnante.”

A decisão exarada pela Delegacia de Julgamento de Campinas (SP) acolheu os argumentos expendidos pela autoridade lançadora, especialmente aqueles que se referem à ausência de justificativa para pagamento de ágio na aquisição da participação societária das empresas citadas, na perspectiva de obtenção de resultados futuros, bem assim a vinculação da dedutibilidade do ágio à concretização da rentabilidade projetada.

Inconformada com a decisão, interpôs o contribuinte o recurso voluntário de fls. 1243-1317, reproduzindo as razões anteriormente expendidas na impugnação.

Memorial apresentado pela Recorrente indicando, em escorço, os fundamentos que ensejariam o provimento do apelo.

É o relatório.

Voto

Hugo Correia Sotero - Relator

Recurso tempestivo. Preenchidos os requisitos de admissibilidade.

Considero necessário, de início, consignar que, nada obstante tenham a autoridade lançadora, no Termo de Verificação Fiscal, e a Delegacia de Julgamento, na decisão atacada, afirmado a existência de liame entre a Recorrente e as empresas incorporadas, consignando que “a DASA procedeu à utilização da empresa ATACAMA meramente para o fim desincorporar as empresas BRONSTEIN LAB, BRONSTEIN AD e LAMINA” e “com esta forma atípica de proceder a aquisição de terceiras empresas, a DASA poderia estar ensejando o aproveitamento de algum planejamento tributário, na área do ganho de capital ou na dissimulação de valores, e em especial, gerando dificuldades para o acompanhamento pela

Administração Tributária destas situações”, não há indicação de que as aquisições tenham sido realizadas de forma ilícita – dolo, fraude ou simulação.

Desse modo, à míngua de indicação de situação de fato que caracterizasse a prática de ilícito por parte da Recorrente, considero irrelevante a existência de liame entre a Recorrente e as incorporadas (BRONSTEIN LAB, BRONSTEIN AD e LAMINA), de modo que a aferição da legitimidade do lançamento, bem como da correção da decisão pronunciada pela Delegacia de Julgamento, há que se pautar exclusivamente nas razões apontadas para glosa das amortizações do ágio incorrido nas operações de incorporação, exceto em relação à incorporação de PLATYPUS S/A, que será objeto de análise específica.

Há, ainda, aspecto relevante suscitado pela autoridade lançadora, que concerne à acusação de que o ágio considerado seria um “ágio de si mesmo”, de modo que sua amortização não poderia gerar efeitos fiscais.

Deve-se levar em consideração distinção essencial. Com efeito, há de se observar que nem todo ágio interno significa “ágio de si mesmo” ou ágio artificial. Há ágios internos efetivos ou reais e ágios internos artificiais ou sem causa. A esse propósito, transcrevo excertos da declaração de voto do Conselheiro Marcos Shigueo Takata (Acórdão desta Turma 1103-00.501, de 2011), nos termos seguintes:

*“A meu ver, é indispensável e necessária a distinção entre os ágios internos, assim os formados dentro de um grupo societário: **não se podem colocar os ágios internos todos numa “vala comum”.** Há ágios internos e “ágios internos”. Quero com isso dizer que há ágios internos reais ou efetivos ou com causa, e ágios internos “criados” ou artificiais ou sem causa.*

*Para fins jurídico-tributários, o ágio interno, formado dentro do grupo societário, para ser real ou com causa, **deve ter uma efetividade econômica ou um significado econômico.***

(...)

*Imagine-se que uma pessoa jurídica resolva incorporar as ações de uma controlada sua que possui minoritários. Aqui, também, se a investida vale mais que seu valor contábil, a relação de substituição de ações pode se dar com base no valor econômico da investida (e da investidora) e a incorporação de ações pode vir a ser feita por esse valor de econômico (um critério de avaliação) da investida. Haverá um **ágio no investimento, pago pela incorporadora de ações, através da emissão de ações entregues aos acionistas da incorporadora de ações. Outro exemplo de ágio interno real ou com causa. Há significado econômico nesse ágio. Há pagamento pela aquisição de ações (entrega de ações da incorporadora de ações): sua contrapartida é aumento do investimento com ágio.***

*Mais um exemplo. Uma investida pode se encontrar com passivo a descoberto (PL negativo). Não obstante, sua controladora acredita na capacidade de recuperação e de rentabilidade da empresa. **Para tanto, a controladora injeta dinheiro na empresa,***

*por aumento de capital, revertendo o passivo a descoberto da investida (PL positivo), para a capacitar à sua recuperação e à geração de rentabilidade. O novo valor de investimento da controladora é o custo de aquisição no aumento de capital (valor em dinheiro aportado): a diferença entre o valor patrimonial da investida segundo o percentual de participação da controladora (equivalência patrimonial) e o custo de aquisição é ágio. **Há efetividade econômica nesse ágio. Há pagamento em dinheiro pelo aumento de capital feito:** sua contrapartida é aumento do investimento com ágio. O ágio interno é real ou efetivo.”*

O caso dos autos é exatamente o de haver pagamento na aquisição de investimento, gerando-se ágio efetivo e real. Se houve pagamento pelo ágio, é claro que há efetividade econômica do ágio. Mais ainda, no caso em dissídio, nem se trata de ágio interno, pois a aquisição de investimento se deu de terceiros. Nessa linha, não há se falar em ágio artificial a impedir, por esse fundamento, a assunção do benefício fiscal sob análise.

O fundamento normativo para amortização de ágio em operações de aquisição de participação acionária encontra-se no art. 20 do Decreto-Lei nº. 1.598/77 e no art. 7º da Lei nº. 9.532/97, com as seguintes redações:

a) Decreto-lei nº. 1.598/77:

“Art. 20. 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:

I – valor de patrimônio líquido na época da aquisição, determinado de acordo com o disposto no artigo 21; e

II – ágio ou deságio na aquisição, que será a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor de que trata o número I.

§ 1º. O valor de patrimônio líquido e o ágio ou deságio serão registrados em subcontas distintas do custo de aquisição do investimento.

§ 2º. O lançamento do ágio ou deságio deverá indicar, dentre os seguintes, seu fundamento econômico:

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

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

c) fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.”

b) Lei nº. 9.532/97:

“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;

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."

Nos termos da legislação citada, a pessoa jurídica que proceder à absorção do patrimônio de outra (incorporação, fusão ou cisão) mediante pagamento de ágio (diferença positiva entre o patrimônio líquido da empresa incorporada e o valor de aquisição) deverá indicar, dentre aqueles elencados no § 2º do art. 20 do Decreto-lei nº. 1.598/77, o fundamento econômico do ágio, podendo, na hipótese de pagamento de ágio em vista da previsão de rentabilidade futura, amortizar o valor do ágio no procedimento de apuração do lucro real.

A legislação (§ 3º do art. 20 do Decreto-lei nº. 1.598/77) exige do contribuinte, na hipótese de pagamento de ágio em vista de rentabilidade futura, esteja o fundamento econômico indicado em demonstração específica, arquivada na escrituração.

Abstraindo-se a questão da vinculação da Recorrente às sociedades incorporadas – até porque a regra inscrita no art. 20 do Decreto-lei nº. 1.598/77 fala de "sociedade coligada ou controlada" – no caso concreto o lançamento considerou indevida a vinculação do pagamento de ágio pela Recorrente porque: (a) a avaliação feita pelo método EBITDA não poderia servir à definição de perspectiva de rentabilidade futura; e, (b) nos exercícios subsequentes a previsão de rentabilidade não se concretizou.

Sobre a primeira questão, assim se pronunciou o contribuinte nas razões de recurso e no memorial apresentado:

"o método EBITDA atende o requisito contido no art. 20, § 2º, alínea "b", do Decreto-Lei nº. 1.598/77, pois evidencia a previsão de rentabilidade futura da empresa;

— esse método, utilizado amplamente, se baseia no potencial de geração de caixa (base do resultado) dos ativos operacionais da sociedade, inexistindo em lei método específico para apuração de rentabilidade futura (a própria fiscalização não indicou método diverso);”

Sobre o tema este Conselho, analisando o Processo nº. 10882.001031/2004-95 (lançamento formalizado em relação à Recorrente em relação a outro exercício, indicado pela Delegacia de Julgamento por conter as “mesmas razões de decidir”), assim se pronunciou:

“Tendo em vista que não há legislação fiscal que determine a metodologia de avaliação a ser adotada e os requisitos que devem ser atendidos, levando em conta as planilhas apresentadas pela contribuinte cuja síntese foi explicitada acima, considerando que apesar de parte das premissas e de algumas variáveis não terem sido explicitadas, a fiscalização não infirmou essas premissas e variáveis (por que a taxa de desconto de 20% não seria adequada? por que a taxa de perpetuidade não poderia ser 7%? etc), levando em conta ainda as informações contidas no parecer mencionado que confirma que a metodologia adotada no relatório BoozAllen traduz a expectativa de resultados futuros, considero, que o documento apresentado à fiscalização e arquivado para demonstrar a avaliação da empresa DA, pelo método do fluxo de caixa descontado corresponde a R\$ 106.831.000,00.

Não adoto o valor apurado pelo parecerista com base nas metodologias mencionadas no parecer, uma vez que ainda que os mesmos números dos demonstrativos apresentados permitam chegar a valor superior ao apontado na documentação, considero que deve prevalecer a documentação apresentada pela empresa, arquivada como demonstração da apuração do ágio pelo método da expectativa de rentabilidade futura, uma vez que pequenas alterações nas premissas podem gerar valores diferentes, maiores ou menores do que o apurado, como por exemplo, a taxa de perpetuidade, que o parecerista utiliza 7,3% enquanto a documentação apresentada pela recorrente indica 7%, razão pela qual, deve neste caso específico prevalecer o documento arquivado para efeitos fiscais.

Voltando ao ilícito fiscal, de que trata o item 3 do Termo de Constatação Fiscal, verifica-se que a fiscalização desconsiderou a documentação apresentada para a fundamentação econômica do ágio, mas, não fez qualquer restrição entre o valor apurado de ágio e o valor que a documentação suporta.

Também, na descrição do ilícito fiscal, os autuantes não fizeram qualquer restrição ao fato da mesma documentação ter sido utilizada para fundamentar o ágio formado quando da aquisição das cotas da Delboni-Auriemo pela ORIGEM e quando a participação acionária foi adquirida pela ANTUÉRPIA, ao integralizar o capital da Delboni-Auriemo.

Assim, deixo de verificar se o valor de avaliação da empresa de R\$106.831.000,00 é suficiente para suportar o ágio apurado

pela recorrente e também deixo de me manifestar em relação ao fato da mesma documentação ter sido utilizada para fundamentar o ágio nas duas operações citadas.

Consequentemente deve ser considerada improcedente a glosa da amortização do ágio relacionada com as empresas ORIGEM e ANTUÉRPIA.” (Acórdão nº. 140200.342 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária, rel. Conselheira Albertina Silva Santos)

Adoto integralmente os fundamentos expendidos pela eminente Conselheira Albertina Silva Santos, posto que: (a) a legislação de regência não estabelece método específico para formação da perspectiva de rentabilidade futura, de modo que a autoridade lançadora deveria ter se debruçado não sobre o método (EBITDA), mas sim sobre as conclusões e valores apontados, indicado sua imprestabilidade para os fins utilizados; (b) considerando inadmissível o pagamento de ágio nas operações de incorporação realizadas ou sua dedução no procedimento de apuração do lucro, deveria a autoridade lançadora ter indicado razões concretas para tanto.

Não se discute a possibilidade de a Administração Tributária, à luz do regramento inscrito no art. 20, § 2º, do Decreto-Lei nº. 1.598/77, questionar, revisar ou desconsiderar o fundamento econômico indicado pelo contribuinte para pagamento de ágio em operações de aquisição de participação acionária. O que não se faz possível é, com base exclusivamente em questionamentos acerca do método utilizado, considerar imprestável a indicação, sem apontar, com base em método correto, a existência ou inexistência de rentabilidade futura previsível e, existente, o valor passível de amortização.

No que concerne à segunda questão – nos exercícios subsequentes a previsão de rentabilidade não se concretizou – assim se pronunciou o contribuinte:

“_ princípio da legalidade: inexistente na legislação que trata do tema qualquer obrigatoriedade acerca da efetiva apuração de tais lucros;

_ impossibilidade de segregar, após a incorporação, os resultados da sociedade incorporada: após a incorporação, a sinergia da junção de diversos patrimônios sociais dá espaço a apenas um único resultado.”

No aludido Acórdão nº. 140200.342 (4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária, rel. Conselheira Albertina Silva Santos), manifestou-se este Conselho da seguinte forma:

“Em relação à acusação fiscal de que os lucros não foram confirmados, entendo que a legislação fiscal não condicionou a dedutibilidade da amortização do ágio à efetiva apuração de lucro, e nem estabeleceu prazo para a geração de lucros. Essa legislação foi

editada no contexto de incentivo às privatizações, e permaneceu em vigor nos anos-calendário objeto de autuação, entretanto, a Instrução CVM 247/96 alterada pela 285/98 não pode ser aplicada para efeitos fiscais.”

A aquisição de participação em uma sociedade pressupõe, ordinariamente, a obtenção de rentabilidade futura derivada do desenvolvimento da atividade econômica, sendo

este o fundamento do pagamento do ágio, apurado quando da avaliação do investimento, conforme a projeção do EBITDA ou LAJIDA (lucros antes dos juros, impostos, depreciação e amortização), que é medida de potencial de geração fluxos de caixa.

No entanto, é evidente que a expectativa de rentabilidade futura pode não vir a se concretizar. Pode haver um retorno maior que o esperado, como se vivenciar cenário econômico que ponha por terra as previsões realizadas no momento da aquisição, já que tais previsões estão calcadas em variáveis aferíveis naquele momento.

A análise dos cenários econômicos não permite a obtenção de certeza quanto à obtenção de rentabilidade futura (apenas projetada no momento inicial – aquisição), sendo esta a razão da fundamentação do ágio na expectativa de rentabilidade futura, e não a certeza de rentabilidade futura.

Se há certeza da rentabilidade, não se paga a mais nem a menos. O que há é expectativa de rentabilidade.

Para ocorrência ou não da rentabilidade esperada (projetada), concorrem inúmeros fatores externos e mesmo internos, que influenciam na concretização ou não de tal rentabilidade, entrando em cena fatores de mercado, de micro e macroeconomia.

A avaliação e projeção da rentabilidade futura e que se reflete no ágio pago se faz com base nas variáveis concretas observáveis no momento da aquisição, variáveis estas passíveis, repise-se, de alteração.

Se as expectativas que geraram o ágio não vierem a se concretizar, não se materializando a rentabilidade projetada inicialmente, este fato não altera a natureza e o fundamento do ágio. Este se justifica, enquanto tal, contabilmente, só no momento da aquisição do investimento.

É sob esse prisma que se coloca a questão da amortização fiscal do ágio, sob fundamento econômico de expectativa de rentabilidade futura.

Para além, há que se observar que ao serem incorporadas as empresas adquiridas com ágio, não há mais como se falar em expectativa de rentabilidade individual de cada empresa. Não há como se dizer que uma parcela do resultado é de rentabilidade de uma empresa e outra parcela de outra empresa. A incorporação cria uma nova “entidade” econômica que passa a ter vida própria e, assim, uma específica expectativa de rentabilidade, independente dos elementos que, agregados, a geraram.

Não vejo como se possa justificar a pretensão fazendária apoiada na segregação de expectativas de rentabilidade futura das empresas adquiridas, individualmente, após a incorporação.

Ademais, o fato de ter havido uma incorporação reversa, no caso, da Platypus Holdings, em nada interfere na questão da amortização do ágio, e que aliás é expressamente prevista pela regra inscrita no art. 8º, “b”, da Lei nº. 9.532/97.

Acerca da incorporação reversa, transcrevo o deduzido na declaração de voto do Conselheiro Marcos Takata, no precitado Acórdão desta Turma, quando se presenciou

também uma cisão total reversa, mas que, naquele caso, não havia o antecedente ágio efetivo ou real:

“O fato de as operações societárias terem-se dado num curto período de tempo (inclusive a cisão total da Marumbi, recém criada, com versão do ágio na Center para a Center) não é razão para se infirmar o ágio interno gerado e a dedução da amortização de seu valor (em ativo diferido). Isso não interfere, a meu ver, na natureza e higidez do ágio, tampouco da amortização e dedução desse valor. O problema é o ágio não ter causa ou não ser efetivo ou real.”

Com relação à dedução das despesas de amortização do ágio, para fins da CSLL, registro que não há previsão legal para a indedutibilidade dessas despesas, tal como é preceituada para o lucro real, pelo art. 25 do Decreto-Lei n. 1.598/77.

A Lei n. 7.689/88 (art. 2º, *caput* e § 1º, “c”, “1” a “3”) não contempla essa indedutibilidade. Tanto o art. 38 da Lei n. 8.541/92 como o art. 57 da Lei n. 8.981/95, previram expressamente a manutenção da base de cálculo da CSLL, ressalvadas as alterações a ela feitas nessas leis. E nenhuma delas previu a indedutibilidade em comentário. Também as leis posteriores, como as Leis ns. 9.249/95 e 9.430/96 não instituíram essa indedutibilidade para a CSL.

Não há norma legal como a do art. 22 da Medida Provisória n. 2.158/01, que estendeu à CSLL as regras da incompetibilidade das bases negativas de CSLL se, entre a data da apuração das bases negativas e a da compensação, houver, cumulativamente, mudança de controle e de ramo de atividade, bem como da impossibilidade de compensação das bases negativas de CSLL da sucedida pela sucessora por incorporação, fusão ou cisão.

Com estas considerações, conheço do recurso voluntário para dar-lhe provimento.

Hugo Correia Sotero - Relator