



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

Processo n° 11516.721951/2012-74
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1201-001.534 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 05 de outubro de 2016
Matéria IRPJ
Recorrente GDC ALIMENTOS
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2007, 2008, 2009

ÁGIO FUNDAMENTADO EM EXPECTATIVA DE RESULTADOS FUTUROS. DEDUTIBILIDADE DA AMORTIZAÇÃO.

A legislação que permite a dedução da amortização do ágio em determinadas circunstâncias e desde que preenchidos determinados requisitos é norma indutora de comportamento do contribuinte.

Uma vez norteado o permissivo legal para a amortização do ágio contido no art. 7º da Lei 9532/97 e, de fato concretizada a confusão patrimonial que reúne as despesas de amortização fiscal do ágio e os lucros que motivaram o pagamento do ágio baseado em expectativa de rentabilidade futura, possibilitando o emparelhamento de receitas e despesas, torna-se legal a amortização do ágio.

PROPÓSITO NEGOCIAL. VALIDADE DA OPERAÇÃO.

Não havendo ocorrência de fraude ou simulação e tendo sido verdadeiras e legítimas as operações perpetradas, inclusive, com a ocorrência do efetivo pagamento do preço, a dedução do ágio é possível, ainda que o benefício fiscal seja o principal ou mesmo o único elemento motivador.

Uma vez demonstrado o devido propósito negocial e substância econômica na realização de reorganizações societárias, a dedução da amortização do ágio torna-se ainda mais justificada.

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

O uso de empresa veículo e de incorporação reversa, por si só, não invalidam as operações societárias que transferiram o ágio da investidora original para a empresa investida, estando diretamente vinculadas ideologicamente a um propósito negocial.

BAIXA DA MARCA DO ATIVO. IMPOSSIBILIDADE DE IDENTIFICAÇÃO NO PREÇO DE CUSTO. POSSIBILIDADE DE AGREGAÇÃO AO PREÇO DE VENDA.

Os gastos incorridos com marcas não podem ser separados dos custos relacionados ao desenvolvimento do negócio como um todo. Dessa forma, as marcas não devem ser reconhecidas como ativos intangíveis. No entanto a agregação do valor da marca à expectativa de rentabilidade futura, para compor o preço de venda, encontra possibilidade lógica e fática.

VALIDADE DO LAUDO DE AVALIAÇÃO. DESNECESSIDADE DE CONCRETIZAÇÃO DOS RESULTADOS ESPERADOS. FLUXO DE CAIXA DESCONTADO.

Sob o respaldo do Princípio da Legalidade, constata-se que não há nenhuma necessidade de comprovação específica, através de laudo de avaliação, da rentabilidade futura que fundamente o ágio. A metodologia do fluxo de caixa descontado, desde que aplicada corretamente, utilizando premissas compatíveis com os negócios da empresa adquirida, deve ser considerada apropriada para se avaliar a expectativa de rentabilidade futura. Quanto a não concretização da expectativa projetada por ocasião do pagamento do ágio, ressalte-se a total desnecessidade da efetiva produção dos resultados esperados, dos lucros de fato. O fundamento econômico positivado na lei tributária é a expectativa de rentabilidade futura e não sua efetiva verificação.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em dar provimento aos Recursos Voluntários, vencido o Conselheiro José Carlos, que lhes dava parcial provimento, para afastar a qualificação da multa e a responsabilidade solidária.

(assinado digitalmente)

ROBERTO CAPARROZ DE ALMEIDA - Presidente.

(assinado digitalmente)

LUIS FABIANO ALVES PENTEADO - Relator.

EDITADO EM: 11/11/2016

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Roberto Caparroz de Almeida (Presidente), Eva Maria Los, Luis Fabiano Alves Penteado, José Carlos de Assis Guimarães, José Roberto Adelino da Silva (suplente convocado) e Paulo Cezar Fernandes de Aguiar.

Relatório

Trata-se de autuação formalizada pelo lançamento que apurou falta de recolhimento de IRPJ e de CSLL e formalizou a exigência de crédito tributário. O valor das infrações atribuídas ao sujeito passivo encontra-se à fls. 3212 dos autos.

Segundo a fiscalização, ocorreu infração à legislação do IRPJ e da CSLL, consistindo na dedução indevida de despesa de amortização de ágio gerado pela simulação de incorporação de empresa controladora por empresa controlada, operação denominada incorporação reversa.

Conforme o agente fiscal, as empresas envolvidas na operação foram:

i) Luiz Calvo Sanz S/A, compradora de fato;

ii) Luiz Calvo Sanz do Brasil Participações Ltda, constituída em 14/09/2004, e com duração de menos de três meses – registrando em sua contabilidade apenas sua constituição, as operações em tela e sua dissolução;

iii) GDC Alimentos S/A, empresa adquirida;

iv) Empresas com participação societária mínima na empresa adquirida, sediadas em paraísos fiscais ou em dependências que possuem regime fiscal privilegiado, relacionadas na fls. 3040 dos autos.

De uma situação inicial, qual seja, a GDC Alimentos S/A, controlada pela GDC Holdings LCC, com participação residual de outras empresas, foram realizados os seguintes atos:

1. Alienação de Participação Societária e Formação do Ágio

Compra, com ágio de R\$ 95.380.833,17, em 25/10/2004, da GDC Alimentos S/A pela Luiz Calvo Sanz S/A, reputada como compradora de fato pela fiscalização, com a intermediação da Luiz Calvo Sanz do Brasil Participações Ltda, considerada “empresa veículo”.

2. Transmissão do Ágio

A transmissão do ágio se deu a partir da incorporação da Luiz Calvo Sanz do Brasil Participações Ltda pela GDC Alimentos S/A.

3. Conclusões da Auditoria-Fiscal

Da análise dos fatos e documentos, concluiu a Auditoria que houve desconformidade entre o ato desejado e o praticado.

O que teria ocorrido é a aquisição da GDC Alimentos S/A diretamente pela empresa Luiz Calvo Sanz S/A (sediada na Espanha), embora tenham sido realizadas

várias operações intermediárias sem propósito negocial autônomo, que não o de criar o ágio que viria ser amortizado.

As evidências que denotam ser este o ânimo inicial dos atos negociais foram as seguintes:

i) Presença da adquirente de fato em todos os atos que compuseram a operação, retirando da subsidiária Luiz Calvo Sanz do Brasil Participações Ltda o papel de representá-la;

ii) Antes da adquirente de fato ser acionista formal da GDC Alimentos S/A, já assinava, como titular direta, documentos relativos à empresa a ser adquirida;

iii) A subsidiária Luiz Calvo Sanz do Brasil Participações Ltda assinava conjuntamente com a adquirente de fato apenas os documentos relativos à parte do negócio que envolveria a transmissão do ágio, enquanto os demais documentos eram assinados exclusivamente pela adquirente de fato;

iv) Declaração explícita da efemeridade da Luiz Calvo Sanz do Brasil Participações Ltda;

v) Inexistência de autonomia da subsidiária Luiz Calvo Sanz do Brasil Participações Ltda, visto que os atos relevantes foram realizados pela vontade exclusiva da adquirente de fato, na jurisdição ou território nacional a que estava submetida;

vi) Existência de confusão patrimonial, em razão de contrato de penhor, que manda indenizar à Luiz Calvo Sanz S/A os prejuízos causados à Luiz Calvo Sanz do Brasil Participações Ltda e à sua sucessora (a incorporadora GDC Alimentos S/A);

vii) A Luiz Calvo Sanz do Brasil Participações Ltda teve uma vida de apenas 70 dias, estando sua atividade limitada, por disposições contratuais, a realizar os atos desejados pela adquirente de fato;

viii) Esta mesma empresa, segundo parecer técnico da Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, era uma sociedade de propósito específico sem atividades operacionais;

ix) O Protocolo e Justificação da incorporação da Luiz Calvo Sanz do Brasil Participações Ltda pela GDC Alimentos S/A apresenta como motivo a redução de custos e aumento de eficiência da organização societária recém estruturada, mostrando que sua constituição não atendera a fundamentos econômicos;

x) No mesmo sentido afirmou parecer técnico da Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, que visava dar subsídios ao julgamento pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE da adequação da concentração entre Luiz Calvo Sanz S/A (a controladora espanhola) e GDC Alimentos S/A.

Definiu, então, a fiscalização, que a aquisição foi precedida de uma injustificável retificação de atos societários, reconhecendo a devolução de marca tradicional conhecida nacionalmente e que continuava constando de seus produtos, com redução do valor contábil do patrimônio líquido e ativo imobilizado, que objetivou aumentar o valor do ágio a ser amortizado pela adquirente.

4. Multa Qualificada

Concluiu a Auditoria-Fiscal pela **aplicação da multa qualificada no percentual de 150%** pela constatação de que as infrações foram cometidas com base em artifícios fraudulentos que envolviam o uso abusivo de personalidade jurídica com o fim exclusivo de operar reduções e supressões de tributos.

5. Sujeição Passiva Solidária

Pelo exame da questão, a Auditoria-Fiscal concluiu haver responsabilidade na consecução dos ilícitos praticados pelas pessoas que envidaram esforços para a redução ilícita do IRPJ e da CSLL devidos.

Os papéis desempenhados por essas pessoas e os respectivos elementos de prova foram detalhados à f. 3098 e seguintes dos autos, sendo indicado o fundamento legal para a sua responsabilização solidária, por infração à lei: Art. 135, II e III do CTN, art. 50 da Lei nº 10.406/02, e suas condutas foram assim descritas em fls. 3100 e seguintes dos autos.

Impugnações

Foram apresentadas as seguintes impugnações:

- i) De GDC Alimentos S/A, f. 3339, em 06/11/2012;
- ii) De Hermano de Villemor Amaral (Neto), f. 3672, em 16/11/2012;
- iii) De Áurea d'Ávila Mello Cotrim, f. 3698, em 16/11/2012;
- iv) De José Eduardo Simão, f. 3724, em 06/11/2012;
- v) De Ismar Machado Assaly, f. 3747, em 06/11/2012;
- vi) De Moacir Zilbovicius, f. 3771, em 06/11/2012.

Impugnação da GDC Alimentos S.A.

Os argumentos apresentados nesta defesa são aproveitados na fundamentação das impugnações trazidas pelos responsáveis tributários, no que concerne especificamente a indevida glosa das despesas de amortização do ágio.

O impugnante, ora recorrente, divide a matéria enfrentada em alguns tópicos, dentre os quais, os principais, serão delineados a seguir:

Da Efetiva Operação Realizada – Aquisição GDC Alimentos por Terceiros Independentes Mediante Pagamento em Dinheiro

Neste capítulo, a impugnante oferece análise detalhada dos atos que compuseram a operação, visando demonstrar a legalidade:

- i) Da constituição da Luiz Calvo Sanz do Brasil Participações Ltda;
- ii) Da compra da GDC Alimentos Ltda pela empresa do item precedente, com ágio fundamentado na expectativa de rentabilidade futura;
- iii) Inclusão da Luiz Calvo Sanz S/A, como credora em Contrato com Garantia de Penhor;
- iv) Incorporação da sociedade do item (i) pela sociedade do item (ii), que assim pode passar a amortizar o ágio.

Decadência/Preclusão do Direito de Questionar os Fatos que Deram Origem ao Ágio

A impugnante argumenta pela impossibilidade do Fisco questionar o ágio formado em operação ocorrida em 25/10/2004, nos termos do art. 150, § 4º, quer do art. 173, inc. I do CTN, citando Professores Humberto Ávila e Eurico Marcos Santos Diniz, jurisprudência administrativa e notando que poderia haver autuação fiscal sem exigência de tributo.

Demonstração da Validade e do Propósito Negocial da Operação de Aquisição da Impugnante

Neste tópico, é apresentado o propósito negocial da operação, tomando-se emprestada metáfora de Marco Aurélio Greco (no sentido de que se deve analisar o conjunto dos fatos, que melhor reflete os acontecimentos, em lugar de cada um isoladamente). Seriam esses os atos, resumidamente:

- i) Constituição de uma empresa subsidiária com aporte de capital;
- ii) Compra de empresa operacional com ágio baseado na expectativa de rentabilidade futura;
- iii) Incorporação da subsidiária pela empresa operacional.

A legitimidade desses atos é sustentada com as seguintes linhas de raciocínio:

1. Possibilidade de Amortização do Ágio Pago por Não Residentes – Falsa Premissa do Sr. Agente Fiscal

A impugnante cita jurisprudência administrativa com base fática análoga, qual seja, aquisição de empresas, mediante subsidiárias em território nacional, por empresas sediadas no exterior, e conseqüente aproveitamento de ágio.

Aponta requisitos legais e contábeis e afirma inexistirem restrições na legislação tributária e defende a correção do procedimento.

2. Suposta Aquisição Direta pela Sociedade Espanhola - Alegações que não Correspondem à Verdade dos Fatos

Admitindo para fins argumentativos a suposta afirmação fiscal, procura demonstrar a improcedência dos **cinco supostos motivos que a embasariam**: presença efetiva da Luiz Calvo Sanz S/A em todas os atos da operação, argumentando que é prática negocial corriqueira da qual nada se pode concluir no sentido almejado pela autoridade fiscal; ocupação antecipada, pela Luiz Calvo Sanz S/A, da posição de titular da aquisição, revelando a ausência da empresa como compradora, nos documentos mencionados; declaração explícita da transitoriedade/efemeridade da subsidiária, perfazendo coerência com os propósitos negociais da subsidiária, sob todos os pontos de vista jurídicos, não se podendo extrair daí ilícito tributário; falta de autonomia da subsidiária e o conseqüente não cabimento do argumento fiscal, quanto ao local de assinatura de contrato, para caracterizá-la; confusão patrimonial revelada em contrato de penhor e o cabimento da forma adotada, visto que qualquer prejuízo na operação atingiria a controladora da subsidiária em território nacional.

3. Demonstração do Propósito Negocial para a Constituição da Luiz Calvo Sanz do Brasil Participações Ltda

Para fins de demonstração do propósito, a impugnante combate as afirmações da autoridade fiscal: objetivo da subsidiária em realizar um único negócio, qual seja, as pessoas jurídicas constituídas no Brasil tendo por objeto a participação em outras sociedades e restringindo-se a um negócio determinado; inexistência de propósito negocial, pois teria sido constituída apenas para fins de redução de tributos, descrevendo a operação ao afirmar que a possibilidade de aproveitamento do ágio era conhecida e que todos os requisitos para isso foram cumpridos; a vida efêmera da subsidiária decorre do propósito negocial da operação e o aproveitamento do ágio se efetivaria da mesma forma se a incorporação houvesse sido direta.

Da Correta Baixa da Marca do Ativo da Impugnante Antes da Aquisição

Aponta os requisitos para que a marca possa constar do ativo, afirmando que a marca “Gomes da Costa” não só cumpria, e que sua contabilização estava em desacordo com os princípios contábeis geralmente aceitos.

Assim, teria havido equívoco no registro contábil, cuja regularização teve também efeito no BACEN.

Validade do Laudo de Avaliação que Demonstra a Expectativa de Rentabilidade Futura – Desnecessidade de Realização de Resultados Futuros

Assevera que o laudo foi elaborado por empresa especializada, que a empresa operacional é conhecida nacionalmente, e é líder na produção de seu segmento, de molde a ser cabível a expectativa.

A não realização das previsões se deveu a investimentos e a fatores imponderáveis, não sendo obrigatória como condição para fins fiscais, citando jurisprudência administrativa.

Além disso, as considerações fiscais não expurgaram a própria realização do ágio.

Da Inexistência de Simulação – Operação Efetivamente Realizada

A impugnante reafirma a inexistência de simulação, que os atos praticados o foram em consonância com a vontade das partes e congruentes com a legislação.

Investiga o instituto, procurando demonstrar não ser aplicável aos fatos, lembrando que a simulação não se presume e não se prova por meio de indícios.

Da Inexistência de Sonegação, Fraude ou Conluio – Impossibilidade de Aplicação da Multa Agravada

No mesmo diapasão, com farta citação doutrinária e jurisprudencial, sustenta a inexistência de dolo, sonegação, fraude ou conluio, de forma que não cabe a multa agravada.

Da Decadência do Direito de Glosar o Prejuízo Fiscal e a Base de Cálculo Negativa Referente aos Anos-Base de 2005 e 2006

Haja vista a lavratura da peça fiscal em 08/10/2012, entende que não poderiam ser atingidos os anos-base 2005 e 2006, por decorrido o prazo decadencial, para lançamento de ofício, previsto no CTN, que poderia ser realizado mesmo sem exigência de tributo, ou seja, para redução de prejuízos fiscais e base de cálculo negativa da CSLL.

Da inaplicabilidade da Multa Isolada em Razão do Encerramento do Ano-base Quando da Lavratura dos Autos de Infração

Analisando a evolução legislativa e citando Marco Aurélio Greco e jurisprudência administrativa, afirma que a multa isolada somente pode ser exigida antes do término do período base, quando já se conhece o montante do tributo devido ou do prejuízo apurado.

Da Duplicidade de Cobrança - Impossibilidade de Cumulação da Multa Isolada a Multa de Ofício

Defende a impossibilidade de cobrança cumulativa da multa isolada com a multa de ofício incidente sobre os mesmos valores (mesma materialidade), citando Professor Tercio Sampaio Ferra Junior e jurisprudência administrativa.

Da Ilegalidade da Cobrança de Juros Sobre a Multa

Aponta a inexistência de previsão legal para cobrança de juros sobre a multa, entendendo que é aplicável apenas sobre o principal, conforme dispositivos e jurisprudência administrativa que cita.

Do Pedido

A impugnante apresenta os seguintes pedidos:

- i) O recebimento, o conhecimento e o provimento da Impugnação
- ii) desconstituição dos créditos tributários exigidos;
- iii) cancelamento integral dos autos de infração;
- iv) restabelecimento dos saldos de prejuízo fiscal e base negativas acumulados

Pelo princípio da eventualidade:

- i) reconhecimento da decadência para a glosa de prejuízo fiscal e base negativa;
- ii) redução da multa agravada, considerando-se que não existiu sonegação, fraude ou simulação;
- iii) cancelamento da multa isolada quer pelo encerramento do período, quer pela duplicidade da cobrança.

Impugnações dos Responsáveis Tributários

Os sujeitos passivos solidários, após qualificarem-se e resumirem a autuação, apresentaram suas impugnações em idênticos termos:

Reiteração da Impugnação da GDC Alimentos S.A.

Os impugnantes ratificam e reiteram os argumentos da impugnante GDC Alimentos S/A com referência à autuação relativa ao IRPJ e CSLL.

Sujeição Passiva

A auditoria caracterizou a sujeição passiva dos impugnantes em razão dos mesmos serem administradores da autuada, à época dos fatos, que subsumir-se-iam ao disposto no art. 135, inciso III do CTN.

Especificamente quanto à **Moacir Zilbovicius**, a auditoria caracterizou a sua sujeição passiva em razão do mesmo ter assinado alguns documentos como representante das empresas GDC Holdings LCC, Ampex, Dislupa e Valle Miranda. Tal fato, no entanto, subsumir-se-ia ao mesmo art. 135, inc III do CTN.

Disso discordam os impugnantes, com os seguintes argumentos:

Ausência de Responsabilidade na Presente Etapa Processual

Entende-se que a responsabilização é de competência da Procuradoria da Fazenda Nacional, pendente de constituição definitiva do crédito tributário, juntando jurisprudência que considera aplicável ao caso.

Acrescenta-se que o dolo, do qual depende a dita responsabilização, somente estará comprovado quando definitivo o crédito tributário

Não Ocorrência de Atos Praticados com Excesso de Poderes ou Infração de Lei, Contrato Social e Estatutos

Argui-se que a autoridade fiscal não comprovou quais teriam sido os atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto, limitando-se a afirmar que os responsáveis participaram dos processos decisórios relativos às operações que teriam culminado na suposta redução indevida de tributos.

Em síntese, alega-se que não foi comprovada o excesso de poder, infração ao estatuto ou à lei, sendo que a esta última não pode ser decorrente de suposta falta de pagamento do tributo, consoante doutrina e jurisprudência que transcreve.

Dos Pedidos

Por fim, requerem:

“(…) Diante do exposto, reiterando-se os argumentos expostos na peça impugnatória pela GDC Alimentos S/A, e demonstrado não ser possível a imputação da responsabilidade solidária ao Impugnante, requer-se a esta E. Turma de Julgamento o

conhecimento e o provimento da presente Impugnação, com o cancelamento do Termo de Sujeição Passiva Solidária, com o que se estará fazendo JUSTIÇA!(...)”

Da decisão de 1º instância

Através do acórdão nº 04-32.243, a 4ª Turma da DRJ/CGE julgou improcedentes as Impugnações apresentadas, conforme os fundamentos abaixo.

Glosa de Despesa com Amortização do Ágio

O valor do investimento foi de R\$ 112.091.396,00, dos quais R\$ 95.380.833,17, isto é, 85% se refeririam a ágio.

O fundamento para o pagamento de tal valor se encontraria no laudo de avaliação econômico-financeira, f. 1664 e seguintes dos autos.

Contudo, entendeu-se que esse laudo não fundamentou o valor na expectativa de rentabilidade futura, mas no fluxo de caixa.

Abstraindo-se momentaneamente de tal impropriedade, verificou-se à fls. 1670 que apenas 36% desse fluxo de caixa é oriundo do horizonte de 5 anos a partir de 2004 – período explícito de maior previsibilidade -, vindo a maior parte (quase 2/3) da perpetuidade.

Concluiu-se, assim, que o valor justificável do investimento deveria ser pouco mais de 1/3 do valor apontado acima, cerca de R\$ 40.000.000,00, que resultaria em um ágio de cerca de R\$ 23.000.000,00.

Considerando-se que houve questionável baixa de ativos da GDC Alimentos S/A, no valor aproximado de R\$ 18.000.000,00, reputou-se que não seria desmotivado dizer que eventualmente um ágio de R\$ 5.000.000,00 seria mais realista, considerando todas as circunstâncias envolvidas.

O fluxo de caixa estimado depende de investimentos, a serem feitos pela adquirente, de R\$ 7.000.000,00 (f. 1669), gastos com propaganda de até R\$ 16.000.000,00, aumento de capital de giro de R\$ 40.000.000,00, quitação de dívidas de R\$ 45.000.000,00, (f. 1670), investimentos adicionais de R\$ 12.000.000,00 em 2005 e anuais de R\$ 4.000.000,00. Além disso, há dependência de transferência de tecnologia (f. 1669) e fornecimento de matéria prima pela compradora (f. 1668).

Entendeu-se que todos esses fatores, se devidamente considerados, implicariam considerável redução do valor do fluxo de caixa.

Como demonstrou a autoridade fiscal, mediante exame dos documentos enumerados à fls. 3060 dos autos e seguintes, o negócio desejado foi buscado como finalidade desde antes do início da operação, constando em trechos dos instrumentos contratuais que tão logo fosse efetuada a compra da participação societária na GDC Alimentos S/A, esta

companhia deveria incorporar a sua controladora transitória para tornar-se controlada direta da Luiz Calvo Sanz S/A.

Percebeu-se que a empresa Luiz Calvo Sanz S/A assinou todos os contratos relativos às etapas das operações, denunciando seu papel ativo como compradora, embora diga a defesa que se trata de prática empresarial corriqueira.

Ao contrário, entendeu-se que tal atitude revelou a completa falta de autonomia da subsidiária, salientada ainda pela confusão patrimonial revelada pela existência de contrato de penhor mediante o qual prejuízo sofrido pela subsidiária seria indenizado à controladora.

Embora diga a defesa que trata-se de medida coerente e lógica, posto que prejuízo na subsidiária refletir-se-ia na controladora, tal prática vai contra o princípio da entidade.

De tudo isso defluiu-se que a subsidiária Luiz Calvo Sanz do Brasil Participações Ltda é destituída de propósito negocial, interposta na negociação com o fim único e exclusivo de, por artifício meramente escritural, transmitir o ágio, em tese pago na aquisição de participação societária, e que seria amortizado para fins fiscais.

Neste sentido, analisando o relato fiscal, verificou-se que o agente tem pleno conhecimento que documentalmente a aquisição da GDC Alimentos Ltda, em 25/10/2004 (f. 3043), se deu pela Luiz Calvo Sanz do Brasil Participações Ltda, mas que esta é uma “empresa veículo” constituída apenas para formar e transmitir o ágio a ser aproveitado tributariamente em momento futuro.

Não vislumbrou-se ilícito ou, ao contrário, imposição legal dessa prática, mas, da mesma forma que a autoridade autuante percebeu, este é mais um indício, que compõe o conjunto veemente e coerente com a consecução do objetivo almejado, da verdadeira natureza e finalidade da reorganização em tese empreendida.

Da mesma forma, entendeu-se que as disposições do Acordo de Acionistas, em seu aspecto formal, nada trariam de ilícito. Porém, o que ali é delineado nada mais é que cândida assunção de toda a operação, sem explicitar seu objetivo tributário.

Quanto à incorporação reversa, decidiu-se que somente possui razoabilidade lógica e fundamentada justamente pela ausência de razoabilidade para constituição da subsidiária que intermediou o negócio, à toda evidência, com a única finalidade tributária de formar o ágio.

De tudo quanto foi exposto, emergiu a conclusão de que a forma jurídica adotada teve como propósito gerar um expressivo valor de ágio na contabilidade da investidora, o qual, após a incorporação desta pela controlada, seria transferido para a contabilidade da incorporadora (a Impugnante), podendo daí para frente ser amortizado, com redução do lucro tributável pelo IRPJ e pela CSLL.

Nesse contexto, entendeu-se pouco importar se de dois meses ou de dois anos o tempo decorrido entre a constituição da empresa e sua incorporação. O curto intervalo entre os dois momentos evidencia a intenção do contribuinte. O tempo mais elástico, entretanto, não é prova de que aquele propósito não existisse.

Decadência

O direito de examinar a existência e regularidade do ágio nasce, para o Fisco, no momento em que seu registro contábil reduz o valor do tributo. Por essas razões, rejeitou-se a alegação de decadência.

Demonstração da Validade e do Propósito Negocial da Operação de Aquisição da Impugnante

Destacou-se o fato da impugnante descrever em linha gerais os atos negociais realizados, empregando criativa metáfora emprestada de Marco Aurélio Greco, que salienta a importância de analisar o conjunto de etapas de uma situação complexa, em lugar de cada quadro isolado.

Porém, ao apresentar os fatos, analisa-os quadro a quadro, mostrando entender a licitude de cada um, para em seguida mostrar o equívoco da Autoridade Fiscal.

São esses os quadros:

Possibilidade de Amortização do Ágio Pago por Não Residentes – Falsa Premissa do Sr. Agente Fiscal

A impugnante afirma que é uma premissa equivocada, citando casos em que o ágio registrado na subsidiária brasileira poderia ser amortizado.

Porém, nos casos citados, a amortização se dá na empresa situada em território nacional, e não na empresa situada no exterior, como corretamente afirmou a Autoridade Fiscal.

Assim, segundo a DRJ, nada há a reparar na autuação, com relação a esse ponto.

Suposta Aquisição Direta pela Sociedade Espanhola – Alegações que Não Correspondem à Verdade dos Fatos

Firmou-se que não fora fundamentada a autuação na aquisição direta ou indireta, mas na formação do ágio durante o proceder, que não teve outra fundamentação que não esta e, por isso, foi descaracterizada.

A autoridade fiscal demonstrou conhecer que, documentalmente, não houve a aquisição direta. Mas concluiu, que, salvo pelos atos cuja única motivação foi gerar o ágio que se pretendia amortizar, esse era o objetivo colimado e, aliás, confessado, ainda que sob reserva de que todas as etapas intermediárias foram legalmente desenvolvidas.

Demonstração do Propósito Negocial para a Constituição da Luiz Calvo Sanz do Brasil Participações Ltda

Os atos constituintes da operação, conjuntamente considerados, permitiram a conclusão de que inexistiu propósito outro que não a economia tributária, sendo irrelevante para descaracterizá-la a existência de pagamentos em dinheiro ou a tributação de eventual ganho de capital sofrido por partes intervenientes.

Da Correta Baixa da Marca do Ativo da Impugnante Antes da Aquisição

Percebeu-se que, para o contribuinte, as marcas têm caráter dúplice, conforme o conveniente. Em um momento, servem para integralizar capital e valorizar a empresa. Anos depois, sua contabilização é equivocada e serve para aumentar o ágio, já que desprovidas de valor.

Reputou-se que este caráter dúplice não pode ser aceito, mais ainda pela ausência de elementos intangíveis para comprová-los, resumindo-se sua justificativa, na época, de que constou erroneamente na ata levada a registro na JUCERJ.

Assim, independentemente de qualquer outra consideração acerca da validade ou não da operação, assim entendida como todos os atos que levaram à formação do ágio em epígrafe, entendeu-se que este foi indevidamente majorado em R\$ 18.080.000,00.

Validade do Laudo de Avaliação que Demonstra a Expectativa de Rentabilidade Futura – Desnecessidade de Realização dos Resultados Previstos

A amortização fiscal do ágio deve ser justificado com base na expectativa de rentabilidade, e não na expectativa de geração de fluxo financeiro.

As poucas e tênues ligações que o laudo faz entre o fluxo financeiro e a rentabilidade é a presunção de que preços, custos e despesas crescerão no mesmo índice da inflação, que a margem bruta crescerá e que as vendas crescerão.

Concluiu-se, então, que o laudo de avaliação econômico financeira não atende aos requisitos da legislação tributária para fundamentar a amortização de ágio pretendida, pois não está direcionado à previsão de rentabilidade, não devendo causar espécie que não tenha sido constatada rentabilidade durante o período da indevida amortização.

Da Inexistência de Sonegação, Fraude ou Conluio – Impossibilidade de Aplicação da Multa Agravada

Por todo o exposto, constatou-se que a conduta do contribuinte pautou-se pela simulação (art. 167, do Novo Código Civil) de uma situação que visou reduzir as exações fiscais devidas, com interposição de pessoa jurídica criada exclusivamente para o fim de reduzir tributos, o que configura-se como o abuso de personalidade jurídica (art. 50, do Novo Código Civil).

A prática perpetrada é também fraude, segundo disposição do art. 72, da Lei 4.502/64, e deve ser mantida a aplicação da multa agravada de 150%, por ser motivo para tanto, ao teor do art. 44 da Lei 9.430/96.

Da Decadência do Direito de Glosar o Prejuízo Fiscal e a Base de Cálculo Negativa Referente aos Anos-Base de 2005 e 2006

Entendeu a autoridade fiscal, que tal valor, por se tratar de uma expectativa de direito – seria compensado em data futura, quando apurados resultados positivos - portanto, sujeito a exame de sua idoneidade fiscal quando esses resultados fossem apurados, e não quando de sua constituição.

Da Inaplicabilidade da Multa Isolada em Razão do Encerramento do Ano-Base quando da Lavratura dos Autos de Infração

Se a multa pode ser aplicada “ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente”, fica patente a possibilidade de que isso ocorra mesmo após o encerramento do ano-calendário, pois, só depois disso é que pode ser apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa da CSLL.

Dessa forma e no caso, decidiu-se que a multa isolada deve ser calculada tendo como base de cálculo o valor de cada uma das estimativas mensais que deixaram de ser pagas pelo contribuinte.

Da Duplicidade de Cobrança – Impossibilidade de Cumulação da Multa Isolada com a Multa de Ofício

Não se pode afirmar que as duas sanções incidam sobre a mesma base, já que não se confunde a estimativa com o tributo apurado ao final do período anual. Portanto, as multas podem ser cumuladas, estando correto o lançamento neste ponto, que deve ser mantido.

Da Inexistência de Previsão Legal para a Adição, à Base de Cálculo da CSLL, da Despesa com Amortização de Ágio

A controvérsia não gira em torno de saber se existe ou não lei impedindo a amortização do ágio, mas a própria existência do ágio, e se a aquisição societária portava um fim negocial lícito ou, ao revés, consistiu em simulação destinada a reduzir IRPJ e CSLL.

Nesse sentido, considerando a descaracterização do ágio, entendeu-se que a respectiva amortização não pode prevalecer nem para o IRPJ, nem para a CSLL.

Da Ilegalidade da Cobrança de Juros Sobre a Multa

No caso em tela, não consta do auto de infração a incidência de juros sobre a multa. Dessa forma, decidiu-se no sentido de que se o ato contra o qual a impugnante investe

não se consumou, sendo mera possibilidade, a manifestação por parte do órgão de julgamento, além de desnecessária, é incabível.

Aplicabilidade à CSLL

Ao que não foi objeto de abordagem específica relativamente à CSLL, aplicou-se o entendimento esposado quanto ao IRPJ em face da similitude dos motivos de autuação e das razões de impugnação.

Da Responsabilidade por Solidariedade

Com relação ao Sr. Hermano Villemor Amaral, constatou-se, dentre outros fatos, que foi procurador da Luiz Calvo Sanz S/A, responsável pela administração da Luiz Calvo Sanz do Brasil Participações Ltda e membro do Conselho de Administração da GDC Alimentos S/A.

A Sra. Áurea d'Ávila Mello Cardoso, dentre outros fatos, foi procuradora da Luiz Calvo Sanz S/A, responsável pela administração da Luiz Calvo Sanz do Brasil Participações Ltda.

Além desses papéis, entendeu-se que foram mentores de toda a operação, sendo sócios principais da firma Vilemor Amaral Advogados, com atuação na área de planejamento tributário.

Os Srs. José Eduardo Simão e Ismar Machado Assaly possuíram e administraram de forma direta ou indireta a GDC Alimentos S/A, desde 19/12/1997, quando adquiriram participação societária na empresa.

Assim atestou-se, pela posição que ocuparam na administração da empresa, e pela presença constante em todos os contratos por meio dos quais se efetivou a operação, o reconhecimento de sua solidariedade passiva.

Destarte, reputadas corretas as ponderações da Auditoria, das quais resultaram declarar a sujeição passiva solidária dos Srs. Hermano de Villemor Amaral (neto), Áurea d'Ávila Mello Cotrim, José Eduardo Simão, Ismar Machado Assaly e Moacir Zilbovicius.

No mérito comprovou-se a existência de atos, perpetrados pelas pessoas indicadas, que leva à sua responsabilização solidária por infração à lei – Art. 135, II e III do CTN, art. 50 da Lei nº 10.406/02.

Conclusão

Com esses fundamentos, votou-se no sentido de conhecer as impugnações, ressalvada a questão dos juros sobre multa, e, no mérito, negar-lhes provimento.

Recurso Voluntário

O recorrente relata os principais pontos do v. acórdão recorrido (destacados em momento imediatamente precedente deste voto), no mesmo passo em que repisa, em idênticos termos, a tese e os argumentos sustentados em sede de impugnação.

Da mesma, forma, os recursos voluntários apresentados pelos responsáveis se mantiveram em idêntico teor.

A única exceção é o conteúdo do Recurso Voluntário apresentado pela pessoa física Hermano de Villemor Amaral.

O responsável traz à baila linha de raciocínio distinta da delineada em impugnação e, inclusive, dos outros recursos voluntários apresentados pelos supostos responsáveis tributários (que, diga-se de passagem, são muito semelhantes entre si), qual seja:

“(...) Não há qualquer previsão em lei complementar da responsabilidade de acionistas de sociedades anônimas. O CTN prevê uma hipótese de responsabilidade de “sócios”, pela liquidação irregular de sociedades de pessoas, dos acionistas de sociedades de capital, não.(...)”

“(...) O mandatário do acionista não pode responder por atuar como tal, quando o ato praticado não implicaria responsabilidade nem do mandante. Deve-se considerar também que os sócios da “Luiz Calvo Sanchez do Brasil Participações Ltda.” deixaram de sê-lo com a sua incorporação e posterior extinção, de modo que o Recorrente deixou de ser mandatário de sócios da empresa supracitada. Caso o fato de o Recorrente ser mandatário dos sócios estrangeiros da Luiz Calvo Sanz do Brasil Participações Ltda. pudesse, em tese, atribuir-lhes responsabilidade por obrigação tributária supostamente não cumprida por GDC Alimentos S.A., o fato de haver esse pretense descumprimento ocorrido após a incorporação da primeira pela segunda dessas sociedades eliminaria a configuração dessa hipótese, de vez que, quando o descumprimento pretensamente ocorreu, não mais havia nem a Luiz Calvo Sanchez do Brasil Participações Ltda., nem, portanto, seus sócios, nem por conseguinte, o mandatário de seus sócios.(...)”

“(...) O mesmo raciocínio se empregaria para afastar a responsabilização do recorrente porque administrador da “Luiz Calvo Sanz do Brasil Participações Ltda.(...)”

“(...) Demonstrado que, como membro do Conselho de Administração da “GDC Alimentos S.A.”, apenas, o recorrente não pode ser, conceitualmente, responsabilizado com fundamento no art. 135, inciso III, do CTN (...)”

Repisa e reafirma a questão da decadência trazida nos autos do Recurso Voluntário da GDC Alimentos S.A.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Luis Fabiano Alves Penteado Relator

O recurso interposto é tempestivo e encontra-se revestido das formalidades legais cabíveis, merecendo ser apreciado.

Preliminar

Decadência

A Recorrente alega decadência, vez que decorrido mais de cinco anos entre os fatos que deram origem ao ágio e o lançamento.

Contudo, não tenho a mesma opinião.

Isso porque, a decadência prevista no CTN está se insere na hipótese de exigência de um crédito tributário.

Desta sorte, só há que se falar em decadência nas situações em que exista crédito sujeito a lançamento.

No caso em tela, o prazo decadencial começa fluir a partir do instante em que o registro do ágio se reflete na apuração do tributo devido, o que só vem a ocorrer quando o ágio passa a ser amortizado.

Antes desse momento, o que se tem é o simples registro na contabilidade do ágio, o que não traz qualquer efeito para fins de IRPJ e CSLL. do Fisco.

O que legitima a autuação do Fisco, e em especial o lançamento tributário, são os efeitos que o registro contábil produz sobre o montante do tributo apurado.

Tal circunstância, no que concerne ao ágio, só se faz presente quando o contribuinte passa a amortizar aquele valor, reduzindo conseqüentemente o lucro líquido.

Dessa forma, enquanto não gerado o efeito de redução do tributo, não existe inércia, que é o pressuposto fático da decadência.

Portanto, o direito de examinar a existência e regularidade do ágio nasce, para o Fisco, no momento em que reduzido o valor do tributo por consequência da amortização.

Desta sorte, afasto a preliminar de decadência.

Mérito

Amortização Fiscal do Ágio

O princípio da estrita legalidade conduz o contribuinte para a possibilidade de amortização fiscal do ágio (sobrepço) pago em investimento que lastreia a aquisição de participação societária de coligada ou controlada, baseado em expectativa de rentabilidade futura, através da reunião patrimonial entre investidora e investida, com a incorporação, fusão ou cisão.

Tal assertiva representa a dicção legal do art. 7º da Lei nº 9532/97:

“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: (Vide Medida Provisória nº 135, de 30.10.2003)

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 em até dez anos-calendários subseqüentes à incorporação, fusão ou cisão, à razão de 1/60 (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-calendário subseqüentes 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.”

Desta forma, resta inequívoco que, sob uma interpretação exclusivamente respaldada pelo princípio da verdade formal, para a dedução das despesas de amortização do ágio e a conseqüente redução da base de cálculo do IRPJ/CSLL, suficiente a confusão patrimonial entre investida e investidora, capaz de efetivar a aplicação do princípio contábil do emparelhamento de receitas e despesas.

Reúne-se, em uma mesma entidade, o acervo patrimonial cuja rentabilidade futura justificou o ágio, do qual insurgirão eventualmente as receitas esperadas, com o acervo patrimonial em que estão registrados os sacrifícios do investimento realizado, ou seja, as despesas de amortização do ágio.

Quanto ao caso concreto, então, essencial a constatação, dentre todas as reorganizações/reestruturações societárias que se desenharam, se foram cumpridos os requisitos legais e devidamente atendidas as formalidades, para ao menos, neste momento inicial, atingir-se uma presunção relativa de veracidade dos fatos.

Vejamos.

Em suma, a empresa espanhola LUIZ CALVO SANZ S.A., representando o Grupo Calvo, constituiu no Brasil a empresa LUIZ CALVO SANZ DO BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA.

A empresa espanhola realizou aporte de capital em sua subsidiária brasileira, para que esta última satisfizesse a obrigação decorrente de Contrato de Compra de Participação Societária firmado com a GDC HOLDING LCC, no afã de efetivar a aquisição de participação societária da controlada brasileira GDC ALIMENTOS LTDA, ora recorrente.

A compra da participação societária aconteceu com o acordo de compra de 80% em 2004 e a compra dos restantes 20% em 2008.

O valor estabelecido e pago no investimento incluiu um ágio de aproximadamente R\$ 95 milhões, sob a justificativa de expectativa de rentabilidade futura da ora recorrente.

Assim, a empresa LUIZ CALVO SANZ DO BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA, passou a deter 80% das ações da empresa GDC ALIMENTOS S.A. Ato contínuo, a recorrente incorporou a empresa LUIZ CALVO SANZ DO BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA, concretizando a incorporação reversa, e passando a amortizar fiscalmente o ágio pago na sua aquisição à razão de 1/60 avo.

Em 2008, por fim, ocorre o termo final da responsabilização dos antigos detentores de participação na GDC Alimentos S/A, são pagas as últimas parcelas referentes aos 20% da participação societária e transferidas as ações correspondentes.

As passagens transcritas do relatório do v. acórdão recorrido comprovam as etapas da operação e o desenvolvimento das reorganizações societárias:

“(...) anteriormente a 25 de outubro de 2004, eram acionistas da GDC Alimentos S/A a empresa GDC Holdings LLC, como acionista majoritária, e três outras empresas com participação acionária ínfima.

(...)

Foi constituída a empresa Luiz Calvo Sanz do Brasil Participações Ltda, controlada pela Luiz Calvo Sanz S/A, que, em 25 de outubro de 2004, adquiriu 80% da participação societária na GDC Alimentos S/A, por R\$ 112.091.396,00, com ágio de R\$ 95.380.833,17.

(...)

Em 26 de novembro de 2004 a Luiz Calvo Sanz do Brasil Participações Ltda foi incorporada pela GDC Alimentos S/A, de molde que o ágio formado por sua aquisição passou a ser por ela própria amortizado em 60 parcelas mensais de R\$ 1.589.680,55. (...)”

De fato, fora esse o racional operacional que ensejou diretamente a amortização do ágio. Irretorquível a conclusão de que todas as reorganizações societárias foram revestidas de completa legalidade, coadunando com preceitos basilares das searas societária, contábil e, por fim, tributária.

Há o pagamento efetivo de um ágio, em dinheiro, na aquisição da recorrente por terceiros independentes.

A própria fiscalização reconhece o respeito total as formalidades impostas pela legislação:

“(...) não há discordância da ocorrência dos atos formalmente considerados, que, considerados isoladamente, como imagens estáticas, não revelariam nenhuma ilicitude.(...)”

“(...) mediante uma série de atos formalmente lícitos, contra os quais não havia terceiros interessados que pudessem contestá-los, mas cujo objetivo foi a criação do ágio que é o centro da controvérsia fiscal que aqui se discute.(...)”

“(...) Mas concluiu, corretamente, que, salvo pelos atos cuja única motivação foi gerar o ágio que se pretendia amortizar, esse era o objetivo colimado e, aliás, confessado, ainda que sob reserva de que todas as etapas intermediárias foram legalmente desenvolvidas.(...)”

Em nenhum momento questiona-se a possibilidade fático-jurídica de uma incorporação reversa.

Apesar disso, válida a ilustração de sua afirmação no ordenamento, inclusive em lei específica que visa, entre outros, a regulação e autorização da amortização fiscal do ágio. Em referência ao supracitado art. 7º da Lei nº 9532/97, tal peculiaridade é positivada por meio do art. 8º da Lei nº 9532/97, *in verbis*:

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

(...)

b) a empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a propriedade da participação societária.”

Perfaz-se situação em que a empresa investida incorpora a empresa investidora, ou seja, a incorporadora passará a deduzir despesas de amortização do ágio na medida em que concretiza, ou não, uma expectativa baseada em sua própria rentabilidade.

Reitera-se, neste momento, posicionamento já sustentado pelo presente julgador em outras oportunidades, de que o sistema de amortização do ágio, no caso como ora se afigura, produz um benefício fiscal lastreado pura e simplesmente pelo atendimento à hipótese de incidência do IRPJ e, por consequência lógica e sistemática, ao princípio da capacidade contributiva.

Em outras palavras, o fato da aquisição de participação societária ser sucedida quase que simultaneamente à incorporação, revela que a concretização gradativa dos lucros que ensejaram o pagamento do ágio fundamentado pela expectativa de rentabilidade futura será automaticamente neutralizada pelo sacrifício econômico dispendido em tal pagamento, pelas despesas de amortização do ágio.

Neste ato, com um lapso temporal exíguo entre a aquisição de participação e a incorporação, evita-se a tributação dos lucros que eventualmente seriam auferidos pela empresa investida, no caso de considerar-se esta última ainda como uma entidade autônoma (diante de expressa vedação legal quanto ao cômputo das contrapartidas da amortização contábil na determinação do lucro real).

No mesmo passo evita-se a tributação na própria incorporadora, diante da simultânea confrontação dos lucros com as despesas de amortização do ágio. Neste ponto reside o benefício fiscal da operação: em nenhum momento tributam-se os lucros percebidos no investimento, há uma isenção.

No entanto, a situação que se desenha não levaria a outra conclusão se não a isenção na tributação da operação, uma vez que não faria sentido, sob a ótica fiscal, tributar-se uma mera expectativa de renda.

Veja, o nascedouro deste ágio é uma expectativa de rentabilidade, de modo que o emparelhamento de receitas e despesas desta operação deve satisfazer exclusivamente o atendimento desta expectativa, em termos contábeis e tributários.

Sob um prisma contábil, inicialmente o valor referente ao pagamento do ágio refere-se a uma expectativa, por isso deve ser registrado no ativo, apesar de sua contrapartida ser uma despesa. Independente do deslinde das operações que se antecedem e se sucedem, com a incorporação concretizada logo após o pagamento do ágio, as receitas que eventualmente sejam auferidas devem ser imediatamente confrontadas com as referidas despesas que a formaram.

Desta forma, o lucro auferido na operação nunca irá perfazer um lucro de fato. O que se concretiza gradativamente é a expectativa. Esta é registrada inicialmente na contabilidade da investidora, mas, com a incorporação reversa, não deve perder sua natureza essencial, sob pena de ferimento e contaminação à realidade fática e a ordem tributária.

Isto porque, sob o prisma fiscal, a mera expectativa de renda não norteia a definição de aquisição de disponibilidade jurídica e econômica elencada no art. 43 do CTN, para fins de incidência do imposto de renda.

O sistema de amortização do ágio, visa, então, em primeira e última instância positivar os preceitos basilares do sistema tributário constitucional (principalmente o princípio da capacidade contributiva e o princípio da igualdade). Aqui está toda a carga de manifestação fiscal do instituto de amortização do ágio.

O momento de incorporação e a conseqüente efetivação do disposto no art. 7º da Lei nº 9532/97 é que determinarão o aproveitamento do benefício fiscal e exprimirão a manifestação extrafiscal do instituto criado.

O art. 7º da Lei nº 9532/97 c/c o art. 8º da Lei nº 9532/97, neste caso concreto, autorizam o gozo do benefício fiscal através da incorporação às avessas e, assim, alagam de legalidade as reorganizações societárias descritas, em total consonância com o sistema tributário e os princípios ali intrínsecos.

Contudo, a análise da ilegalidade, segundo a fiscalização, encontra-se na análise de um conjunto de atos, que não visaria um propósito comercial autêntico e legítimo. A ausência deste propósito contaminaria inúmeras peculiaridades que, apesar de formalmente lícitas, seriam apenas as manifestações lógicas da germinação de uma semente de artificialidade e, assim, impossibilidade fática.

Em outras palavras, a alegada ausência de propósito negocial colocaria em xeque, por exemplo, a utilização de empresa-veículo, a suposta aquisição direta pela sociedade espanhola e/ou a possibilidade de amortização do ágio pago por não residentes, dentre outros.

Estes pontos serão analisados de forma pormenorizada a seguir, com intuito de se buscar uma verdade absoluta, considerando a legalidade do conjunto de operações que precederam e culminaram na amortização fiscal do ágio.

Propósito Negocial

É de notório saber que o conceito de propósito negocial, ou substância econômica, carrega alta subjetividade em sua propagação conteudística pela seara tributária.

Não são elementos aceitos e incorporados pelo ordenamento jurídico brasileiro, inexistindo qualquer dispositivo legal que lhes dêem substrato, de modo que as análises variam de acordo com o caso concreto e com a posição pessoal de cada julgador/doutrinador.

É importante novamente ressaltar que se tem presenciado com preocupante frequência, a utilização pelo Fisco da doutrina do propósito negocial (*business-purpose doctrine*) por meio da qual se defende que a simples ausência - sob a ótica do fisco - de outros motivadores para a operação que não o alcance do benefício fiscal, já é elemento suficiente que invalida os atos do contribuinte ou, ao menos, inviabiliza o benefício fiscal almejado.

Reafirmo o entendimento de que tal racional adotado pela autoridade fiscal guarda certa contradição com diversas regras e estruturas criadas há muito tempo pelo legislador pátrio, por meio das quais são oferecidos benefícios fiscais às empresas que, ao cumprirem determinados requisitos, acabam levando desenvolvimento econômico à determinadas regiões do Brasil (regime fiscal da Zona Franca de Manaus).

A definição de um propósito negocial norteia a condução dos negócios da sociedade empresária, leia-se, as reestruturações/reorganizações societárias, segundo posturas previsíveis ou admissíveis pelo ordenamento jurídico, levando-se em conta seu objeto social e sua atividade econômica tendente ao auferimento de lucros.

No caso em tela, a materialização da ausência de propósito negocial se deu na empresa LUIZ CALVO SANZ DO BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA, sendo esta última que fundamentou, pagou e registrou o ágio em seu ativo.

Segundo a fiscalização a criação desta, os atos ali praticados e sua extinção por incorporação escancararam como o único e exclusivo objetivo para toda a operação, o aproveitamento da amortização fiscal do ágio e, então, o gozo do benefício fiscal.

Trata-se de uma holding ou, como a fiscalização preferiu denominar, uma empresa-veículo, que visava a participação em outras sociedades. Seu objeto social está integralmente alinhado com as disposições da Lei nº 6.404/76, em seu art. 2º, § 3º:

Art. 2º Pode ser objeto da companhia qualquer empresa de fim lucrativo, não contrário à lei, à ordem pública e aos bons costumes.

§ 3º A companhia pode ter por objeto participar de outras sociedades; ainda que não prevista no estatuto, a participação é

facultada como meio de realizar o objeto social, ou para beneficiar-se de incentivos fiscais.

Veja, a lei claramente define a possibilidade da constituição de uma holding com o intuito único de gozo de incentivos fiscais, que nada mais são que benefícios fiscais, assim como é o ágio.

O surgimento e motivação do sobrepreço pago na aquisição de participação societária se deu em empresa que visava exclusivamente este fim, o que não é vedado pela legislação, muito pelo contrário.

Coadunando inclusive com o entendimento aqui adotado, o v. acórdão assim concluiu:

“(...) não é ilegal que a pessoa jurídica tenha por objeto a participação no capital de outras sociedades, como assegura o art. 2º, §3º, da Lei nº 6.404/1976 (...)

(...) se a pessoa jurídica, com base nesse dispositivo legal, é constituída tendo por objeto exclusivamente participar do capital de outras sociedades, não se pode esperar que ela tenha tido outra expressiva atividade, operacional ou não.(...)”

Portanto a empresa LUIZ CALVO SANZ DO BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA poderia de fato ser constituída sob um objeto social voltado exclusivamente para o gozo do benefício fiscal, de modo a permitir legalmente que todos os atos nesta praticados pudessem visar apenas este fim.

Superado este fato, deve-se ressaltar ainda que uma coesa estruturação societária e um planejado controle de custos são elementos indispensáveis para a obtenção de lucros.

Considerando-se que os tributos representam custos de significativo impacto no orçamento empresarial, conclusão irrefutável é a de que as medidas para minimizar a carga tributária são de larga utilização pelas empresas visando a otimização de resultados positivos. São práticas que visam, indubitavelmente, o auferimento de lucros.

Neste contexto, imprescindível a lembrança do “Princípio da Livre Iniciativa (Art. 1º, IV) e do Princípio da Propriedade Privada (Art. 170, II), que garantem aos contribuintes o direito de organizar seus negócios da maneira que lhes convier. Se dessa estruturação decorre economia tributária, tanto melhor para a atividade desenvolvida.

Cite-se ainda o Princípio da Livre Concorrência (Art. 170, IV todos da CF/88), na medida em que admitir uma economia tributária àquele que melhor gere seus custos tributários é contribuir para o fomento da competição empresarial, salutar para o consumidor de seus produtos.”

Conforme se verá adiante, o ora recorrente justificou a amortização fiscal do ágio apenas como uma consequência a um propósito negocial definido previamente, decorrente da intenção de expansão internacional do Grupo Calvo.

No entanto, mesmo que a intenção fosse unicamente a de gozo do benefício fiscal, restara demonstrado que tal ato de fato ocasionaria uma economia tributária, em uma redução de custos e, pelo menos em tese, em um aumento dos lucros da empresa, o que já bastaria, para nortear um propósito comercial a criação da empresa-veículo e, conseqüentemente, à operação.

Ora, a maioria das empresas, com raríssimas exceções, visam o retorno/realização de investimentos concretizados, mais especificamente dos sacrifícios econômicos dispendidos, dos custos, gastos e despesas.

Este retorno é materializado através dos lucros, dos resultados positivos, das receitas. Um propósito comercial ou uma substância econômica, apesar de suas variâncias de manifestação conforme as individualidades e peculiaridades de cada caso, devem perfazer, na essência, uma ação, ou um conjunto de ações, que visem o lucro como objetivo maior e principal.

Conclui-se que uma economia tributária é, per si, uma busca pela otimização de resultados, por lucros e, assim, por um propósito comercial/substância econômica, ou vice-versa. Soma-se o fato da legislação permitir a criação de empresas (holdings) com este único fim.

Evidencia-se, neste passo, que a definição que melhor apropria a essência de um propósito comercial, em termos tributários, e no caso presente, portanto, deve ser no sentido de considerar a busca pela redução das incidências tributárias, por si, como um propósito comercial que viabiliza a dedução do ágio, mesmo que seja constituída empresa-veículo (holding) com este único objetivo.

Já existem importantes precedentes do CARF nesta direção:

GANHO DE CAPITAL. VENDA DE QUOTAS. PLANEJAMENTO FISCAL ILÍCITO. DISTRIBUIÇÃO DISFARÇADA DE LUCROS. INOCORRÊNCIA NAS REDUÇÕES DE CAPITAL MEDIANTE ENTREGA DE BENS OU DIREITOS, PELO VALOR CONTÁBIL A PARTIR DA VIGÊNCIA DA LEI 9.249/1995.

Constitui propósito comercial legítimo o encadeamento de operações societárias visando a redução das incidências tributárias, desde que efetivamente realizadas antes da ocorrência do fato gerador, bem como não visem gerar economia de tributos mediante criação de despesas ou custos artificiais ou fictícios. A partir da vigência do art. 22 da Lei 9.249/1995 a redução de capital mediante entrega de bens ou direitos, pelo valor contábil, não mais constituiu hipótese de distribuição disfarçada de lucros, por expressa determinação legal.

(Acórdão nº 1402001.472 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária – Sessão de 09 de outubro de 2013)

PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. NEGÓCIOS JURÍDICOS. ATOS JURÍDICOS. LICITUDE.

O fato dos atos praticados visarem economia tributária não os torna ilícitos ou inválidos. O fato dos negócios praticados visarem economia tributária não os torna ilícitos ou inválidos.

PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. MOTIVO DO NEGÓCIO. CAUSA DO NEGÓCIO. LICITUDE.

Motivo do negócio é a razão subjetiva pela qual o contribuinte faz o negócio jurídico. Causa do negócio ou sua função econômica é o efeito que o negócio produz nas esferas jurídicas dos partícipes. O motivo ilícito implica em nulidade, quando declarada por um Juiz. Se a motivação do negócio é economia tributária, não se pode falar em motivo ilícito.

PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. MOTIVO DO NEGÓCIO. CONTEÚDO ECONÔMICO. PROPÓSITO NEGOCIAL. LICITUDE.

Não existe regra federal ou nacional que considere negócio jurídico inexistente ou sem efeito se o motivo de sua prática foi apenas economia tributária. Não tem amparo no sistema jurídico a tese de que negócios motivados por economia fiscal não teriam "conteúdo econômico" ou "propósito negocial" e poderiam ser desconsiderados pela fiscalização. O lançamento deve ser feito nos termos da lei.

(...)

Outra tese do Fisco que merece análise é a de que os atos praticados poderiam ser desconsiderados, porque não teriam conteúdo econômico (ou propósito negocial), já que teriam sido praticados com o único objetivo de economia tributária. Porém, tal afirmativa está em descompasso com o ordenamento jurídico.

Como se vê, em última análise, a afirmação do Fisco consiste em sustentar que o planejamento tributário é proibido e que a economia tributária só é admissível se for acidental. Apenas por isso, já se percebe a improcedência do argumento. Mas, a análise da tese do Fisco confirma o equívoco desta interpretação da fiscalização, pois nem esta motivação vicia o negócio e nem existe lei atribuindo tal efeito.

As razões de ordem subjetiva que levam a pessoa a concluir algum negócio jurídico denominam-se motivos. Já o efeito que o negócio produz nas esferas jurídicas dos partícipes chama-se causa ou função econômica do negócio. Assim, independente da causa do negócio jurídico, se ele é praticado visando redução da carga tributária, pode-se dizer que o motivo do negócio foi economia fiscal.

Conforme o Código Civil, apenas o motivo ilícito (se for determinante do negócio e comum As partes) implica em nulidade (inciso III, art. 166 do CC). Mesmo assim, tal nulidade precisa ser declarada por um Juiz.

No entanto, salvo disposição de lei em contrário, não há como supor que a intenção de economizar tributos é ilícita. Assim, o inciso III, art. 166 do Código Civil não poderia ser aplicada sequer por juizes aos negócios jurídicos pelos quais a pessoa executa seu planejamento tributário. E, muito menos, poderia ser aplicada pela fiscalização, para efetuar lançamento de ofício.

De outra banda, não existe regra federal ou nacional que considere negócio jurídico inexistente ou sem efeito se o motivo de sua prática foi apenas economia tributária. Somente se existisse uma lei com este conteúdo é que a fiscalização poderia desconsiderar os efeitos jurídicos dos negócios. "

(Acórdão n. 1101-000.835 - 1ª Câmara / 1ª Turma Ordinária – Sessão de 04 de dezembro de 2012)

A doutrina do propósito negocial, no entanto, assevera que a mera concordância dos atos e negócios jurídicos com a letra estrita e fria da lei tributária é inapta a embasar uma economia tributária válida.

Apesar de amplamente amparado pela jurisprudência e inclusive pela legislação, na tentativa de reduzir a subjetividade que tangencia a discussão, relativizando por ora o posicionamento pessoal do presente julgador, a busca que se proporá a traçar é no sentido de desvendar se há algum outro propósito negocial que não exclusivamente o gozo do benefício fiscal.

Desta forma, é possível que se leve em consideração as duas principais correntes que nascem e se estabelecem dentro desta subjetividade, conferindo ao menos parcial objetividade à presente análise.

Neste sentido, a grande questão a ser analisada é se as reorganizações societárias que ali se deram foram dotadas de artificialidade.

Premissa essencial que se traça é a de que a verificação da presença do propósito negocial se dá de forma negativa, ou seja, há que ser provada a sua ausência e não a sua presença. Isso porque o ordinário se presume, enquanto o extraordinário se prova.

A fiscalização, assim, para sustentar a ausência de propósito negocial, trouxe alguns apontamentos que em suma culminaram na seguinte conclusão:

“(...) Concluiu a autoridade lançadora tratar-se de uma sucessão de negócios jurídicos simulados, engendrados com o propósito único de gerar um vultoso valor de ágio a ser transferido, posteriormente, para a contabilidade da Impugnante, proporcionando assim o direito de amortizar o ágio, reduzindo no mesmo montante o lucro tributável pelo IRPJ e pela CSLL.(...)”

O recorrente, em contrapartida, apesar de não ter o ônus fiscal neste caso, em seu Recurso Voluntário traz argumentos que sustentam a presença do propósito negocial na operação. Vai além da especificidade de criação, atuação e extinção da empresa LUIZ CALVO SANZ DO BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA, para identificar um objetivo abrangente, que esmiúça a intenção do Grupo Calvo. Algumas passagens transcritas a seguir devem clarificar esta constatação:

“(...) No intuito de expandir suas atividades, o Grupo Calvo iniciou a prospecção de novos mercados, tendo escolhido o Brasil como um país estratégico para realização de investimentos.

(...)

Em 14/09/2004, no contexto de expansão internacional de suas atividades, o Grupo Calvo constituiu a Luiz Calvo Sanz do Brasil Participações Ltda., subsidiária brasileira que seria a responsável pela aquisição da empresa alvo. Ressalte-se que referida sociedade foi constituída nos estritos termos da lei, com objeto social válido e com comprovada realização de seu propósito negocial. (...)

(...) tratava-se de uma única negociação que representaria o ingresso no mercado brasileiro, em posição estratégica perante outros concorrentes.(...)

(...) De fato, verificou-se que a decisão de realizar este único negócio estava correta, uma vez que a Recorrente possui hoje o maior complexo de captura, recepção e processamento de pescados da América Latina, produzindo diariamente mais de 1,3 milhão de latas e empregando mais de 2.000 colaboradores só no Brasil. A Recorrente ocupa hoje a posição de líder no segmento de pescados enlatados na América Latina.(...)

(...)Ocorre que, por uma decisão empresarial de interesse de seus controladores, foi deliberada a incorporação da subsidiária brasileira pela empresa adquirida (ora Recorrente), o que também possui permissão prevista expressamente em Lei. (...)

A parte final da operação evidencia, dentro de todo o contexto operacional, os motivos de não ocorrer uma incorporação direta, da investida pela investidora:

(...) A opção pela incorporação reversa possui razoabilidade e lógica facilmente demonstráveis, pois era a recorrente quem possuía toda a estrutura operacional, financeira, comercial e administrativa para execução das atividades que seriam desempenhadas pelo Grupo Calvo no Brasil. Além disso, a Recorrente já detinha reconhecimento pelo mercado brasileiro.

(...)Este era o caminho mais natural, direto e simples para a consolidação do investimento no Brasil, com o consequente aproveitamento fiscal conforme expressamente permitido nos termos dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9532/97.(...)

Cristalino, então, que a criação da empresa visando exclusivamente economia tributária é apenas a consequência legal de uma operação que tinha como principal escopo a união entre uma empresa brasileira, de reconhecimento e expertise nacional, com a força econômica e financeira de um Grupo espanhol que intentava crescimento em nível internacional.

Cabe salientar que a utilização de empresa-veículo, já discriminada em parte precedente deste voto, para a perfectibilização da operação não é suficiente, por si só, para invalidar o negócio jurídico, especialmente, e aqui reside o inédito adendo, se restar demonstrada a existência de estruturas ou caminhos alternativos disponíveis ao contribuinte e que levassem ao mesmo resultado. Neste sentido traz à tona a obviedade e a lógica o recorrente:

“(…) Ressalte-se que o Grupo Calvo poderia ter optado por continuar suas atividades no Brasil por meio de sua subsidiária Luiz Calvo Sanz do Brasil, caso esta sociedade tivesse incorporado diretamente a Recorrente – operação que teria o mesmo efeito fiscal no que tange ao aproveitamento do ágio (ou seja, a suposta “empresa veículo” poderia ter continuado a existir até hoje, com a mesma consequência do ponto de vista fiscal).(…)”

Resta totalmente mitigada, assim, a alegação de que a utilização de empresa veículo o teria sido concretizada em termos e condições pejorativos, desconsiderando um propósito negocial. Trata-se de uma perspectiva subjetiva e unilateral da fiscalização.

Na mesma linha de raciocínio o recorrente rebate as alegações de que o ágio fora pago por não residentes e que, por isso, não seria gerado o direito ao benefício fiscal no Brasil:

“(…) não haveria sentido na realização de uma suposta simulação, já que o aproveitamento fiscal do ágio seria possível mesmo que a aquisição fosse realizada pela sociedade espanhola.

Ainda, mesmo nos casos em que houve a aquisição de participação societária com ágio por empresas nacionais, também foi analisada pelo CARF a validade da capitalização dessa participação, com ágio, em uma nova sociedade constituída para esse fim(…)”

Inicialmente o recorrente sustenta a própria tese levantada pela fiscalização a seu favor. Traz farta e contundente jurisprudência do CARF no sentido de demonstrar a possibilidade de aquisição direta de participação societária pela empresa estrangeira e a posterior transferência do ágio para a subsidiária brasileira.

A transferência se daria por meio da conferência de ações da sociedade estrangeira em integralização de capital na subsidiária brasileira, com o único propósito de gozo do benefício fiscal.

Da mesma forma, expondo a operação que de fato ocorreu, traz o recorrente robusta jurisprudência do CARF indicando a validade da operação como um todo e, em particular, da utilização e operacionalização da empresa-veículo.

A empresa holding, conforme já exposto, é criada justamente com o objeto social voltado para a participação em outras sociedades e o aproveitamento de incentivos fiscais. Coadunando estes dois vieses e o objetivo maior do Grupo Calvo, vemos total possibilidade de que se absorva um aporte de capital advindo da entidade sobre a qual a empresa-veículo detém participação com o exclusivo fito de se aproveitar o benefício fiscal que a legislação expressamente autoriza, uma vez que esta última não possui uma atividade operacional, geradora de lucros e formadora de um fluxo de caixa que suporte o pagamento do investimento de forma autônoma,

Veja, a empresa constituída no Brasil está subordinada à sua controladora, ao Grupo Calvo, de maneira geral. Quaisquer alegações da fiscalização relativas a formalidades que supostamente indiquem a artificialidade da empresa-veículo LUIZ CALVO SANZ DO BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA devem falecer neste momento: i) a confusão patrimonial com o Contrato de Penhor, uma vez que este último trata de uma mera disposição contratual que apenas simplifica os mecanismos negociais; ii) sua efemeridade, pois não há qualquer vedação societária quanto ao lapso temporal entre reorganizações societárias.

A empresa holding fora criada com um propósito e quando atendeu a este, naturalmente fora extinta, pois deixou de ter utilidade/função/atuação lucrativa no mercado brasileiro; iii) a assinatura dos contratos, principalmente o Contrato de Compra de Participação Societária, junto com a empresa LUIZ CALVO SANZ S/A, o que revela apenas a subordinação da empresa-veículo ao Grupo Empresarial, tratando-se de um procedimento comum à operação de um modo global.

Tratam-se de situações normais a qualquer operação envolvendo um Grupo empresarial estrangeiro, que detém a força econômica e decisória para induzir e conduzir parte dos atos de sua subsidiária brasileira.

Não quer dizer que a subsidiária não tenha qualquer autonomia. Esta representa e tem como premissa a vontade maior de seu Grupo, mas tem autonomia para atuar respaldado pelo conhecimento e domínio que, supostamente, possui da legislação local, especifica-se, as limitações e permissões peculiares que a lei nacional impõe.

Em suma, não há qualquer vedação legal quanto a realização de qualquer destas operações, até porque seria uma afronta a princípios basilares do direito tributário não permiti-las.

Ora, independentemente de ter havido aquisição direta pela empresa espanhola ou a aquisição propriamente pela subsidiária nacional, de qualquer modo concretiza-se faticamente a ideologia intrínseca em um contexto histórico de criação do benefício fiscal, a sua manifestação extrafiscal, qual seja, o estímulo à investimento na aquisição de empresas privadas nacionais com perspectivas de crescimento de rentabilidade, como incentivo à geração de riqueza, de empregos e, como consequência, de incrementar a própria arrecadação tributária.

Também, independente se houve a transferência do ágio ou se fora utilizada uma empresa-veículo, há a materialização da manifestação fiscal do instituto criado pelo legislador, que neste caso representa uma isenção ao contribuinte, donde os lucros amortizados

nada mais são do que uma expectativa de renda e não devem de fato serem tributados se levarmos em consideração a hipótese de incidência do IRPJ e o princípio da capacidade contributiva.

É inequívoco, portanto, que há um real propósito comercial na operação, que norteia todas e quaisquer interpretações (seja ela histórica, lógica, literal ou sistemática) dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9532/97, dispositivos legais que autorizam a amortização fiscal do ágio. Envereda-se, assim, uma presunção quase que absoluta de veracidade apontando para a total legalidade do gozo do benefício fiscal.

Contudo, a fiscalização levanta alguns pormenores que devem ser enfrentados para que se atinja, por fim, uma verdade absoluta dos autos, coadunando integralmente e de forma definitiva e sincrônica a aplicação do princípio da verdade material com o princípio da verdade formal.

Baixa da Marca do Ativo antes da Aquisição

O ativo intangível perfaz, ainda nos dias de hoje, enorme controversa e muitas incertezas, principalmente no que concerne a mensuração de valores determinados e/ou determináveis, capazes de representar fidedignamente uma realidade fática. Em suma, trata-se de um ativo não monetário identificável sem substância física, ou incorpóreo.

A contabilidade, neste passo, não acompanhou as evoluções da sociedade e o desenvolvimento econômico e financeiro mundial, em especial quanto ao reconhecimento do valor criado pelos ativos intangíveis, como idéias, marcas, maneiras de trabalhar, franquias, cujo valor em muitas empresas é superior aos ativos contabilizados.

Tal dissociação afeta os analistas, diretores financeiros e investidores, de modo que estes não possuem dados sólidos para decidir.

Alguns requisitos devem ser preenchidos para a devida classificação do ativo intangível: devem ser identificáveis, controlados e geradores de benefícios econômicos futuros.

O controle é possível e, no caso em tela, é perceptível com a constatação de que as marcas patenteadas em questão sempre tiveram seus registros homologados pelo INPI, inclusive no período a partir de 2004.

O grande problema enfrentado aqui é a identificação, leia-se, a separação dos gastos incorridos com a marca dos custos relacionados ao desenvolvimento do negócio como um todo. Se torna quase impossível uma mensuração com confiabilidade nestes moldes.

As conclusões acima atingidas são conseqüentes a análise do CPC 04 (Comitê de Pronunciamento Contábil 04). Veja, à época da baixa do ativo, 2004, não havia qualquer normatização contábil significativa quanto a classificação, mensuração ou registro de ativos intangíveis. Engloba, este grupo contábil, elementos modernos e até então pouco explorados pela contabilidade, mas que foram lentamente sendo positivadas, apesar das calorosas discussões que ainda circundam o tema. Razão pela qual motiva-se o apoio nas disposições do CPC 04, aprovado em 05/11/2010.

No tópico 12 do referido CPC discrimina-se a separação como um dos critérios de identificação de um ativo intangível:

12. Um ativo satisfaz o critério de identificação, em termos de definição de um ativo intangível, quando:

(a) for separável, ou seja, puder ser separado da entidade e vendido, transferido, licenciado, alugado ou trocado, individualmente ou junto com um contrato, ativo ou passivo relacionado, independente da intenção de uso pela entidade;

Nos tópicos 63 e 64, do mesmo CPC 04, há determinação expressa de que as marcas não devem ser reconhecidos como ativos intangíveis:

63. Marcas, títulos de publicações, listas de clientes e outros itens similares, gerados internamente, não devem ser reconhecidos como ativos intangíveis.

64. Os gastos incorridos com marcas, títulos de publicações, listas de clientes e outros itens similares não podem ser separados dos custos relacionados ao desenvolvimento do negócio como um todo. Dessa forma, esses itens não devem ser reconhecidos como ativos intangíveis.

Portanto, uma vez não respeitado o critério de identificação, diante da impossibilidade fática de separabilidade, as marcas não devem ser reconhecidas como ativo intangível. Exatamente de acordo com o referido Pronunciamento Contábil se manifestou o recorrente em seu Recurso Voluntário:

(...) não é possível a venda da marca “Gomes da Costa”, sem a venda de todos os demais ativos tangíveis e intangíveis que a suportam, como clientes e produtos. Trata-se de um ativo inseparável que não pode ser visivelmente identificado e individualizado. (...)”

De fato, o reconhecimento da marca “Gomes da Costa” no ativo intangível da recorrente, perfazendo o valor de R\$ 18.080.000,00, era uma irregularidade que deveria ser sanada, uma vez em descompasso com as normas e princípios contábeis aceitos (CPC 04).

Neste momento deve ser aproveitada a conclusão atingida pela Fiscalização a favor do recorrente, qual seja: “Embora tais marcas tenham sido consideradas no preço de venda, não foram consideradas no preço de custo (valor patrimonial da empresa)”.

Ora, natural que isto tenha ocorrido, quando as normas contábeis indicam a impossibilidade de separação da marca como ativo intangível, não sendo considerada no valor patrimonial da empresa.

Em contrapartida, o ágio é fundamentado por expectativa de rentabilidade futura e é justamente a abrangência e ligeira flexibilidade desta expectativa que respalda e legitima a inclusão da marca no preço de venda da participação societária.

Veja, neste contexto a marca está sendo vendida junto com todos os demais ativos tangíveis e intangíveis que a suportam, o que não gera qualquer contradição colocando em xeque a inseparabilidade deste elemento.

Além disso, o investimento que lastreia o sobrepreço pago é fundamentado por uma expectativa de rentabilidade futura que, conforme se verá adiante, não está vinculada de forma plena a realidade, ou seja, não há obrigatoriedade estrita e irretorquível de que esta expectativa se concretize.

Esta definição, por si, retira a necessidade imprescindível de fidedignidade à realidade fática. Logicamente que deve haver uma aproximação, baseada em um demonstrativo hábil e idôneo, mas parte-se do pressuposto de que a expectativa que abarca a marca e perfaz um valor agregado, não se compara com a fidedignidade dos registros contábeis de uma entidade.

Pelos princípios e normas contábeis, pela incerteza em relação a identificação (diante de sua inseparabilidade) e, por consequência lógica destes, pela fidedignidade à realidade que devem representar os registros contábeis de uma empresa, torna-se impossível a determinação segregada da marca no patrimônio líquido a, assim, no preço de custo.

Por outro lado, uma expectativa não guarda total compromisso com a realidade, apenas uma aproximação, pois trata de um evento futuro, sujeito, assim, a inúmeras variâncias e imprevistos, de modo que a incerteza, mas inequívoca constatação da existência de um valor à marca, encontra possibilidade fática no momento de inclusão e agregação no preço de venda.

Por fim, cabe ressaltar que o ativo intangível deve ser baixado e os ganhos ou perdas decorrentes da baixa devem ser determinados pela diferença entre o valor líquido da alienação, se houver, e o valor contábil do ativo. Esses ganhos ou perdas devem ser reconhecidos no resultado e devidamente tributados. Assim o fez o recorrente, conforme os documentos constantes dos autos e a declaração abaixo:

“(...)Deve-se deixar registrado que esse valor do intangível não foi registrado como custo por parte dos antigos controladores da Recorrente, motivo pelo qual houve o pagamento de IR/Fonte sobre o valor do ganho de capital correspondente.(...)”

Deste modo, a baixa da marca do ativo antes da aquisição é alagada de validade e, assim, não contamina a legalidade da amortização do ágio em questão.

Validade do Laudo de Avaliação que Demonstra a Expectativa de Rentabilidade Futura

A legislação tributária não contém requisitos sobre o critério de avaliação da expectativa de rentabilidade futura da empresa adquirida. Sob o respaldo do Princípio da Legalidade, presume-se, então, que não há nenhuma necessidade de comprovação específica, através de laudo de avaliação, da rentabilidade futura que fundamente o ágio.

Há a necessidade, logicamente, de que a escrituração contábil registre e embase a ocorrência do ágio, mas a forma de comprovação da perspectiva de resultados futuros que sustente o investimento empreendido não encontra respaldo expresso na legislação, de

modo que o contribuinte deve buscar o máximo aproximamento da realidade, independente do instrumento contábil que adotará para atingir tal finalidade.

No caso de pagamento de um sobrepreço (ágio) na aquisição de participação societária de coligada ou controlada com base nesta justificativa comumente é utilizada a metodologia do fluxo de caixa descontado.

Esta metodologia, desde que aplicada corretamente, utilizando premissas compatíveis com os negócios da empresa adquirida, deve ser considerada apropriada para se avaliar a expectativa de rentabilidade futura.

A mais abalizada doutrina acena neste sentido:

“O valor de rentabilidade futura pode ser apurado com base em estimativas financeiras como o fluxo de caixa futuro descontado, que reflete o resultado futuro esperado para aquela empresa em termos monetários. (...)” (Roberto Quiroga Mosquera e Rodrigo de Freitas – Aspectos Polêmicos do ágio na Aquisição de Investimento: (i) Rentabilidade Futura; (ii) Ágio Interno.)

“(...) Como indicador da capacidade de geração de riquezas, encontramos no fluxo de caixa a evidência da eficiência esperada de determinado negócio. Assim, são superados algumas dificuldades existentes no lucro contábil. Ele propõe-se a retratar o potencial econômico dos itens patrimoniais de determinados empreendimentos, inclusive o Goodwill.(...)” (FIPECAFI. Da mensuração Contábil à Econômica. São Paulo: Atlas, 2001. P. 275.)

O fluxo de caixa descontado considera os resultados futuros da entidade, com base em determinados pressupostos, como a taxa de desconto, muitas vezes alicerçado no chamado “custo médio ponderado do capital” ou WACC.

O valor da empresa é obtido descontando-se fluxos de caixa esperados para a empresa, ou seja, os fluxos de caixa residuais após a realização de todas as despesas operacionais e impostos pelo custo médio ponderado de capital.

O cálculo do valor de uma empresa se divide em Valor Presente dos Fluxos de Caixa do Período Analisado e Valor Presente do Valor Residual ou da Perpetuidade.

O WACC considera os diversos componentes de financiamento incluindo dívida, patrimônio líquido e títulos híbridos, utilizados por uma empresa para financiar suas necessidades financeiras.

A projeção da rentabilidade futura, então, é concretizada por um período de tempo definido pelo avaliador, que normalmente considera uma taxa de crescimento por um período inicial de alguns anos e, a partir daí, considera uma taxa estável, refletindo o efeito do método da perpetuidade, sob a premissa de que o exercício das atividades da empresa tem prazo indeterminado de duração.

A jurisprudência do CARF respalda o posicionamento defendido:

*ÁGIO. AMORTIZAÇÃO. INCORPORAÇÃO REVERSA.
DEDUTIBILIDADE.*

Após a incorporação da investidora pela investida (incorporação reversa), é dedutível a amortização de ágio decorrente da anterior aquisição de participação societária em negócio firmado entre partes independentes, em condições de mercado, baseado em expectativa de rentabilidade futura da investida e efetivamente pago à alienante do investimento. A incorporação da investidora pela investida (incorporação reversa) é operação prevista em lei, bem assim seus efeitos tributários. Se, no momento do lançamento, o Fisco teve acesso ao demonstrativo que fundamentava o ágio e deixou de questioná-lo, descabe fazê-lo em momento processual posterior.

(...)

3) O ágio se justifica pela expectativa de rentabilidade da empresa adquirida, respaldada em laudo de avaliação econômico-financeira, elaborado por Ribeiro & Associados International, utilizando o método de fluxos de caixa descontados. Disse a impugnante que o laudo não foi questionado pelas autoridades fiscais; ao contrário, teriam elas reconhecido expressamente que o ágio registrado pela Hubbell do Brasil teve por fundamento a expectativa de rentabilidade futura. Portanto, todas as condições para a amortização do ágio estariam presentes.

(...)

No entanto, ao longo de todo o Relatório Fiscal, em momento algum se diz que o fundamento econômico do ágio seria outro, diverso daquele informado pela recorrente, ou que o registro contábil do ágio teria deixado de atender às disposições legais relativas ao demonstrativo a ser arquivado como prova do lançamento.

(Acórdão nº 1302001.508 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária - Sessão de 23/09/2014)

Desta forma, o fluxo de caixa descontado torna-se um instrumento hábil e idôneo a demonstrar a rentabilidade futura de uma empresa, bastando, por si, para uma coesa justificação do pagamento do ágio no investimento.

Quanto a não concretização da expectativa projetada quando do pagamento do ágio, ressalte-se a total desnecessidade da efetiva produção dos resultados esperados, dos lucros de fato. O fundamento econômico positivado na lei tributária é a expectativa de rentabilidade futura e não sua efetiva verificação.

Torna-se totalmente plausível que os resultados efetivos da empresa possam ser superiores ou inferiores àqueles projetados, no passo em que são imprevisíveis determinados eventos futuros na data de aquisição. Os exemplos são inúmeros, incluindo possíveis mudanças na economia nacional ou até mesmo global, impactos de novas tecnologias e novos concorrentes, contingências cíveis ou trabalhistas, dentre muitos outros riscos inerentes à atividade empresarial.

Caso os lucros esperados não se concretizem, este fato circunstancial e meramente formal, imprevisível na data de aquisição, não pode ser utilizado para desnaturar a validade de um ágio que cumpre com todos os requisitos previstos em lei.

A lógica é simples neste caso. Se o valor projetado for menor que o lucro de fato obtido, prejudicado é o contribuinte, que não previu a rentabilidade da forma correta e não conseguirá amortizar o ágio na proporção equivalente ao lucro que de fato obteve.

O lucro que excedeu o valor previsto será tributado de qualquer forma pois o valor amortizado só alcança o ágio efetivamente pago, as despesas incorridas, portanto, baseado nos limites previstos através do fluxo de caixa descontado, neste caso concreto.

Se o valor correspondente à expectativa de rentabilidade futura representar valor maior do que o lucro de fato obtido, também não há qualquer diferença em termos de tributação, pois este excedente amortizado representa prejuízo em relação ao que se previa e ao que foi efetivamente pago.

Neste caso, chegará o momento em que o contribuinte só amortizará despesas, sem confrontar as receitas respectivas, relativas aos esperados resultados positivos, perfazendo, assim, prejuízo, que não seria tributado, de qualquer forma, pois não norteia o fato gerador do Imposto de Renda.

É um mecanismo perfeito que se regula automaticamente diante de seus princípios conceituais, mantendo a isenção fiscal a qualquer custo e privando o Fisco de qualquer onerosidade e o contribuinte de qualquer injustiça ou desigualdade tributária.

Portanto o ágio é amortizado perfeitamente no limite a concretizar a expectativa, de modo que se prevista a maior ou a menor nenhum impacto tem sobre uma defasagem de tributação, seja sobre algum acréscimo patrimonial percebido ou sobre um prejuízo apurado. Há total respeito ao princípio da capacidade contributiva.

Logicamente a avaliação ou o demonstrativo e as suas formalidades são essenciais para a correta fundamentação do ágio baseado na expectativa de rentabilidade futura, mas eventuais diferenças apuradas a maior ou a menor do lucro de fato obtido não representam ônus fiscal capaz de descaracterizar a operação.

Portanto, quanto a este ponto também não há que se falar em qualquer irregularidade que invalide o gozo do benefício fiscal em questão.

Atesta-se, neste momento, a completa legalidade da amortização do ágio e, finalmente, o atingimento de uma verdade absoluta aos olhos do presente julgador, primando-se pela improcedência dos lançamentos e da autuação.

Reflexos da Legalidade da Amortização do Ágio

Por consequência lógica, quaisquer discussões decorrentes do mérito em questão devem ser consideradas neste momento para breves esclarecimentos.

As multas aplicadas perdem o seu objeto e, assim, não devem ser aplicadas: não há totalidade ou diferença de tributo ou contribuição a pagar e/ou recolher. A multa de ofício, daí, já se desnatura.

A qualificação da multa, baseada em conduta dolosa, sonegatória ou fraudulenta do recorrente, por óbvio, deve ser desonerada, visto que a operação se mostrou completamente legal.

As estimativas mensais devem ser revistas, com a consideração das despesas de amortização fiscal legalmente realizadas mensalmente e a multa isolada não deve ser aplicada, pois as diferenças percebidas e glosadas não devem prosperar diante da validação da operação.

Não há que se falar, então, na cobrança dos juros moratórios, calculados de acordo com a variação da Taxa Selic, sobre os valores constituídos a título de multa de ofício nem de multa isolada.

Com relação aos demais lançamentos decorrentes do IRPJ, aplica-se o reflexo, visto são oriundos do principal e referem-se a mesma matéria tributável, pugnando-se, por fim, pela improcedência dos lançamentos de IRPJ e CSLL.

Bem como, não há que se falar em responsabilidade tributária solidária, se não há tributo devido.

Conclusão

Diante de todo o exposto, CONHEÇO dos RECURSOS VOLUNTÁRIOS para, AFASTAR a PRELIMINAR de DECADÊNCIA e, no MÉRITO, DAR-LHES PROVIMENTO.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Luis Fabiano Alves Penteadó - Relator