ACÓRDÃO GERADO NO PGD-CARF PROCESSO 11516.721951/2012-74

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

Processo nº	11516.721951/2012-74
Recurso nº	Especial do Procurador
Acórdão nº	**9101-003.211 – 1ª Turma**
Sessão de	8 de novembro de 2017
Matéria	ÁGIO
Recorrente	FAZENDA NACIONAL
Interessado	GDC ALIMENTOS

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2007, 2008, 2009

RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO. DISTINÇÃO ENTRE FATOS, FUNDAMENTOS E CAUSA DE PEDIR.

Não se conhece de Recurso Especial quando a causa de pedir destoa totalmente dos fatos e fundamentos jurídicos discutidos nos autos.

No caso, tratava-se de lançamento consubstanciado na glosa de despesas de ágio, em razão da ausência de substância econômica da empresa veículo, utilizada para efetiva aquisição de participação societária por terceiros. A Fazenda Nacional pede em seu recurso a reforma da decisão recorrida, alegando que o ágio gerado em operações realizadas no âmbito de um grupo econômico, desprovida de pagamento não deve ser admitido para fins fiscais.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em não conhecer do Recurso Especial, vencidos os conselheiros Rafael Vidal de Araújo, Flávio Franco Corrêa e Adriana Gomes Rêgo, que conheceram do recurso. Votou pelas conclusões o conselheiro André Mendes de Moura.

(assinado digitalmente)

Adriana Gomes Rêgo - Presidente em exercício

(assinado digitalmente)

Gerson Macedo Guerra - Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros André Mendes de Moura, Cristiane Silva Costa, Rafael Vidal de Araújo, Luís Flávio Neto, Flavio Franco Correa, Daniele Souto Rodrigues Amadio, Gerson Macedo Guerra, Adriana Gomes Rego. Ausente, justificadamente, o conselheiro Carlos Alberto Freitas Barreto.

Relatório

Trata-se o presente de Recurso Especial de divergência interposto pela Fazenda Nacional contra o Acórdão nº 1201-001.534, por meio do qual os membros do Colegiado acordaram em afastar a glosa de despesa de ágio, ao argumento de que 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.

Na origem, foi lavrado auto de infração pela constatação de indevida redução da base de cálculo do IRPJ e da CSLL pela amortização de ágio decorrente de incorporação reversa mediante o uso de empresa veículo.

Faticamente, verificou-se que de uma situação inicial, onde a GDC Alimentos S/A era controlada pela GDC Holdings LCC e possuía participação residual de outras empresas, foram realizados os atos de:

1. Compra, com ágio de R$ 95.380.833,17, em 25/10/2004, da GDC Alimentos S/A pela Luiz Calvo Sanz S/A (empresa espanhola), esta como compradora de fato, com a intermediação da Luiz Calvo Sanz do Brasil Participações Ltda, esta como "empresa veículo";

2. A transmissão do ágio pela incorporação da Luiz Calvo Sanz do Brasil Participações Ltda pela GDC Alimentos S/A.

Para a fiscalização ocorreu a constituição de uma empresa-veículo, para compra de participação societária de empresa nacional por empresa estrangeira, cuja origem foi motivada única e exclusivamente pelo objetivo de criar ficticiamente (de forma escritural, sem a devida fundamentação econômica) as condições de amortizar o ágio segundo a legislação brasileira, e, assim, reduzir a tributação.

Conforme TVF, o objetivo do sujeito passivo foi especialmente provado pela falta de propósito negocial na interposição da dita empresa-veículo na aquisição da participação societária. Nesse sentido, destaca-se o fato de a escrituração da empresa-veículo, elaborada ao longo dos seus quase dois meses e meio de existência, só conter lançamentos relacionados a três tipos de fatos contábeis: a constituição da sociedade empresária, a operação de compra de participação societária e conseqüente incorporação pela controlada, bem assim, a dissolução da empresa.

Nesse contexto, a fiscalização considerou a conduta do sujeito passivo compatível com as hipóteses previstas nos arts. 167 (simulação) e 187 (abuso de direito) da Lei

nº 10.406/02, bem assim, infringente a vários dispositivos da legislação tributária, dentre os quais, o art. 299 do Decreto nº 3000/99.

Concluiu a Auditoria Fiscal, assim, 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.

Por fim, a fiscalização concluiu que haver responsabilidade na consecução dos ilícitos praticados pelas pessoas que envidaram esforços para o a redução ilícita do IRPJ e da CSLL devidos, sendo elas:

i) Hermano de Villemor Amaral (Neto);

ii) Áurea d'Àvila Mello Cotrim;

iii) José Eduardo Simão;

iv) Ismar Machado Assaly;

v) Moacir Zilbovicius;

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 à f. 3100 e seguintes dos autos.

Inconformados o Contribuinte e os responsáveis apresentaram impugnações. Nas peças de defesa são levantados vários argumentos para contestação da glosa de despesas realizada. Especificamente nas impugnações dos responsáveis, também é discutida a legitimidade da responsabilização.

A DRJ/MS, entretanto, negou provimento às impugnações, entendendo, em resumo, no que interessa ao presente julgamento, que o ágio sem fundamento econômico é ineficaz perante o Fisco, não podendo a respectiva amortização ser deduzida da base de cálculo do tributo.

Para a DRJ, da análise dos fatos, foi possível concluir que, embora os atos formais indiquem como compradora da GDC Alimentos S/A a subsidiária Luiz Calvo Sanz do Brasil Participações S/A, ao final prevaleceu, como compradora de fato que era, a Luiz Calvo Sanz S/A (empresa espanhola).

Na decisão em comento considerou-se que, embora isoladamente não se veja ilicitude na constituição de empresa de participações como subsidiária de outra, nem a constituição de empresa com um propósito específico que, uma vez alcançado, implique sua desconstituição, a associação dessas características demonstra que o propósito buscado foi exclusivamente fiscal, sem outros de natureza negocial.

Assim, verifica-se oposição entre o negócio jurídico almejado, que foi atingido mediante uma série de operações estruturadas, e o formalizado, aparente às

autoridades responsáveis pelo registro do comércio, pelo controle cambial e pelo controle tributário.

Inconformado, o contribuinte apresentou Recurso Voluntário ao CARF, arguindo, repisando os argumentos arguidos em sede de impugnação. No julgamento do Recurso a 1ª Turma Ordinária, da 2ª Câmara, deu provimento ao Recurso , conforme ementa e decisão abaixo transcritas:

> *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. 7° 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 legitimas 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.

Cientificada dessa decisão a Fazenda Nacional, tempestivamente, apresentou Recurso Especial de divergência, objetivando rediscutir a dedutibilidade do ágio.

Em sua peça recursal a Fazenda pugna pelo conhecimento de seu apelo com base nos acórdãos de nº 103-23.290 e 1402-001.404. Alega que os fatos analisados nos acórdãos confrontados são idênticos: 1) criou-se uma empresa-veículo com o único propósito de adquirir (com ágio) participação em outra empresa operacional; 2) discute-se a regularidade da "transferência" do ágio contabilizado na controladora incorporada para a controlada incorporadora, numa operação comumente denominada "incorporação às avessas".

Afirma a Fazenda que a contrariedade entre os acórdãos confrontados reside na validade da utilização de empresa-veículo para fins de aproveitamento do ágio na incorporação. Aduz que para o acórdão desafiado, a incorporação levada a efeito com o fito exclusivo de aproveitamento fiscal do ágio constitui propósito negocial idôneo, sendo perfeitamente possível a utilização de empresa-veículo para esse fim. De outra banda, os acórdãos paradigmas pontificam que a idoneidade do propósito negocial não pode estar ancorado tão somente no aproveitamento fiscal do ágio.

Em suas razões, alega a Fazenda, em suma:

- ✓ para existir, o ágio ou deságio deve sempre ter como origem um propósito negocial (aquisição de um investimento) e, assim, um substrato econômico (transação comercial). Somente registros escriturais, por exemplo, não podem ensejar o nascimento dessa figura econômica e contábil;

- ✓ Por propósito negocial, entende-se a lógica econômica que levou ao surgimento do ágio ou deságio, ou seja, a razão negocial que ensejou a aquisição de um investimento por valor superior ou inferior àquele que custou originalmente ao alienante;

- ✓ O ágio ou deságio, dessa forma, deve sempre decorrer da efetiva aquisição de um investimento oriundo de um negócio comutativo, onde as partes contratantes, interdependentes entre si e ocupando posições opostas, tenham interesse em assumir direitos e deveres contrapostos e proporcionais;

- ✓ Para que ocorra a efetiva aquisição de um investimento, com o correspondente surgimento do ágio ou deságio, é imprescindível a existência de substrato econômico à sua realização, ou seja, de transação econômica que materialize o valor de aquisição ao mesmo tempo pago pelo adquirente e recebido pelo alienante;

- ✓ A aquisição de um investimento, assim como de qualquer bem ou direito, deve sempre importar o dispêndio de um gasto (econômico ou patrimonial) pelo adquirente e o ganho (também econômico ou patrimonial) pelo alienante. Sem essa troca de riquezas e da titularidade do investimento, não há que se falar em aquisição, e, como conseqüência, no surgimento de ágio ou deságio;

- ✓ Corroborando com esse entendimento, a Comissão de Valores Mobiliários – CVM – emitiu o Ofício-Circular/CVM/SNC/SEP nº 01/2007, in fine. Nesse documento, a CVM, ao esclarecer dúvidas sobre a aplicação das Normas Gerais de Contabilidade, chama atenção para os casos como o da presente lide, onde o ágio é criado artificialmente; onde, indevidamente, empresas de um mesmo grupo econômico geram ágio sem que haja o dispêndio de efetiva despesa (financeira ou patrimonial);

- ✓ A hipótese em exame se encaixa como uma luva às vedações emanadas da CVM, já que os ágios registrados foram "criados" sem qualquer contraprestação, isto é, sem qualquer dispêndio efetivo, mormente porque a aquisição das ações entre as empresas pertencentes ao mesmo grupo decorreram de meras anotações contábeis;

- ✓ De igual modo, também será comprovado que a mens legis dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 foi de repudiar ações como a praticada pela Recorrente junto com o seu grupo econômico;

- ✓ Da análise dos fatos e documentos, conclui-se que houve desconformidade entre o ato desejado e o praticado;

- ✓ O que teria ocorrido é a aquisição da GDC Alimentos S/A pela Luiz Calvo Sanz S/A, embora tenham sido realizadas várias operações intermediárias sem propósito negocial autônomo, que não o de criar o ágio que viria ser amortizado;

- ✓ Conforme bem salientado no acórdão da DRJ, não há dúvidas de que toda a operação empreendida pelos participantes do negócio foi artificialmente construída para impedir parcialmente a ocorrência dos fatos geradores do IRPJ e da CSLL, mediante uma série de atos formalmente lícitos, contra os quais não havia terceiros interessados que pudessem contesta-los, mas cujo objetivo foi a criação do ágio que é o centro da controvérsia fiscal que aqui se discute. Não houve qualquer outro motivo para a forma praticada, até porque a aquisição da empresa produtiva poderia ocorrer de maneira independente sem qualquer relação com a reorganização praticada;

- ✓ Ante o exposto, a Fazenda Nacional requer seja conhecido e provido seu recurso especial a fim de que seja reformado o r. acórdão recorrido com a consequente manutenção do lançamento.

Regularmente intimado, o Contribuinte apresentou contrarrazões, alegando, em suma:

- ✓ O não conhecimento do Recurso por tratar de matéria estranha aos autos. Nas razões de Recurso a Fazenda trata da impossibilidade de se amortizar ágio gerado em operações intragrupo. Traz, inclusive, menção ao Ofício CVM 01/2007;

- ✓ Não conhecimento do recurso dada a necessidade de reexame da matéria fática. Diferentemente dos paradigmas, a turma a quo reconheceu que além da economia tributária ser legítima para justificar o propósito negocial, houve no caso propósito extra tributário, consubstanciado na razão do grupo espanhol objetivar expandir suas atividades;[

- ✓ Não conhecimento do recurso dada a ausência de similitude fática entre o recorrido e os paradigmas;

- ✓ No mérito, sustenta a existência de propósito negocial.

- ✓ Alega que todos os requisitos para a amortização fiscal do ágio foram cumpridos, inclusive com (i) pagamento em dinheiro; (ii) partes independentes; e (iii) laudo de avaliação com base em expectativa de rentabilidade futura;

- ✓ Alega que o artigo 981 do Códgo Civil permite que sejam constituídas sociedades com fim específico de realizar um ou mais negócios jurídicos;

- ✓ A decisão do grupo de constituir sociedade no Brasil estava de acordo com a Lei e tinha propósito negocial e econômico de expandir suas atividades no país;

- ✓ dentro dos limites doutrinários e jurisprudenciais delimitados para a teoria do propósito negocial, exige-se a existência do motivo, da finalidade e da congruência entre os atos praticados;

- ✓ No presente caso os três elementos estavam presentes. O motivo representado pela aquisição da empresa brasileira; a finalidade representada pelo interesse de ingresso do grupo no mercado brasileiro e a congruência encontra-se no fato que todos os atos societários praticados caminharam na inserção do grupo no mercado brasileiro;

- ✓ Coerência da operação com o planejamento estratégico do grupo, consistente no objetivo de se tornar líder em seu ramo nos mercados brasileiros e da América Latina;

- ✓ Ad argumentandum, que a utilização de empresa holding (empresa veículo) não é motivo para tornar inválida a amortização fiscal do ágio;

- ✓ Da necessidade de conhecimento e julgamento dos demais argumentos desenvolvidos no Recurso Voluntário, na hipótese de conhecimento e provimento do Recurso da Fazenda;

- ✓ Ilegalidade da cobrança de juros sobre multa de ofício.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Gerson Macedo Guerra, Relator

Diante o questionamento da admissibilidade do Recurso Especial da Fazenda pelo Contribuinte, faz-se importante sua análise.

Uma das alegações de não conhecimento funda-se no fato de o Recurso Especial da Fazenda tratar de matéria estranha àquela discutida no autos.

Pois bem.

De fato, nas razões do Recurso da Fazenda a linha traçada pelo defensor vai no sentido de tratar como ilegítimo o ágio gerado em operações com empresas do mesmo grupo econômico.

Em determinadas passagens de seu recurso a Fazenda foca na ausência de pagamento pela aquisição, para demonstrar a invalidade do ágio.

Frise-se, que a Fazenda pauta-se, inclusive em orientações da CVM sobre a invalidade do ágio gerado em operações intragrupo, sem o correspondente pagamento, para sustentar a impossibilidade de aproveitamento fiscal do ágio. Vejamos a transcrição de trecho do Recurso:

> *A aquisição de um investimento, assim como de qualquer bem ou direito, deve sempre importar o dispêndio de um gasto (econômico ou patrimonial) pelo adquirente e o ganho (também econômico ou patrimonial) pelo alienante. Sem essa troca de riquezas e da titularidade do investimento, não há que se falar*

> *em aquisição, e, como conseqüência, no surgimento de ágio ou deságio.*
>
> *Corroborando com esse entendimento, a Comissão de Valores Mobiliários – CVM – emitiu o Ofício-Circular/CVM/SNC/SEP nº 01/2007, in fine. Nesse documento, a CVM, ao esclarecer dúvidas sobre a aplicação das Normas Gerais de Contabilidade, chama atenção para os* ***casos como o da presente lide, onde o ágio é criado artificialmente; onde, indevidamente, empresas de um mesmo grupo econômico geram ágio sem que haja o dispêndio de efetiva despesa (financeira ou patrimonial)****.*
>
> *(...)*
>
> *Como será demonstrado a seguir, a hipótese em exame se encaixa como uma luva às vedações emanadas da CVM, já que os ágios registrados foram "criados" sem qualquer contraprestação, isto é, sem qualquer dispêndio efetivo, mormente porque a aquisição das ações entre as empresas pertencentes ao mesmo grupo decorreram de meras anotações contábeis.*

Nesse contexto, após relatar os fatos dos presentes autos conclui a Fazenda:

> *Da análise dos fatos e documentos, conclui-se que houve desconformidade entre o ato desejado e o praticado.*
>
> *O que teria ocorrido é a aquisição da GDC Alimentos S/A pela Luiz Calvo Sanz S/A, 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:*
>
> *(...)*
>
> *Conforme bem salientado no acórdão da DRJ, não há dúvidas de que toda a operação empreendida pelos participantes do negócio foi artificialmente construída para impedir parcialmente a ocorrência dos fatos geradores do IRPJ e da CSLL, mediante uma série de atos formalmente lícitos,* ***contra os quais não havia terceiros interessados que pudessem contesta-los, mas cujo objetivo foi a criação do ágio que é o centro da controvérsia fiscal que aqui se discute****. Não houve qualquer outro motivo para a forma praticada, até porque a aquisição da empresa produtiva poderia ocorrer de maneira independente sem qualquer relação com a reorganização praticada.*

Ve-se, pois, que todo o arrazoado trazido pela Fazenda defende a ilegitimidade de ágio gerado em operação intragrupo, **onde empresas de um mesmo grupo econômico criam artificialmente o ágio**, **sem que haja o dispêndio de efetiva despesa.**

Nesse contexto, entendo que atender ao pedido da Fazenda para manutenção do lançamento, sendo que a causa de pedir destoa totalmente dos fatos e fundamentos jurídicos discutidos nos presentes autos de fato consubstanciaria numa decisão extra petita.

Nesse contexto, entendo que não merece ser conhecido o Recurso da Fazenda.

Por tais razões, voto pelo não conhecimento do recurso da União.

(assinado digitalmente)

Gerson Macedo Guerra