



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

Processo nº 13609.001447/2010-89
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1301-001.309 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 05 de novembro de 2013
Matéria IRPJ - DESPESA DE ÁGIO
Recorrente MINERAÇÃO BELOCAL LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Exercício: 2006, 2007, 2008

LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DECADÊNCIA.

Tratando-se de apuração do imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro com base no lucro real anual, o fato gerador das referidas exações se aperfeiçoa em 31 de dezembro do respectivo ano. Observadas as disposições do parágrafo 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional, a autoridade fiscal dispõe do prazo de cinco anos, contado da referida data, para homologar, ou não, os resultados fiscais apurados pelo contribuinte. Nos termos do disposto no art. 37 da Lei nº 9.430, de 1996, se o contribuinte pretende em certo período de apuração fazer repercutir na base de cálculo da exação determinado fato, deverá manter em ordem e em boa guarda os respectivos documentos de suporte, até que se opere a decadência do direito de a Fazenda Pública constituir os créditos tributários relativos a esse período.

DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. INOVAÇÃO. NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

O fato de a decisão prolatada em primeira instância, para sustentar a procedência do lançamento tributário, utilizar fundamentos que não constam da peça representativa da formalização da exigência, só tem relevância na circunstância em que referido lançamento só subsiste com base em tais fundamentos. Ainda assim, sendo este o caso, descabe falar em nulidade do ato decisório, eis que, em virtude da ausência de fundamentação da peça acusatória, quem não pode subsistir é o próprio lançamento tributário.

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. PESSOA JURÍDICA BENEFICIÁRIA. IDENTIFICAÇÃO.

A pessoa jurídica a que se refere o *caput* do art. 7º da Lei nº 9.532, de 1997, é o “contribuinte” mencionado pelo *caput* do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, ou seja, a pessoa jurídica beneficiária da dedutibilidade antecipada

da despesa é aquela que, por ocasião da aquisição da participação, incorreu em ágio.

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. CONDIÇÃO. INOBSERVÂNCIA.

A amortização de ágio, nos termos da autorização trazida pelo inciso III do art. 7º da Lei nº 9.532, de 1997, impõe que a pessoa jurídica beneficiária observe as condições previstas na legislação de regência. No caso vertente, ainda que se abstraia fatos relacionados às operações que deram causa ao sobrepreço, especialmente no que tange às pessoas jurídicas envolvidas, resta fora de dúvida de que a ausência da demonstração a que alude o parágrafo 3º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598/77, na data em que a aquisição da participação societária foi efetuada, revela evidente violação à condição explicitada na norma referenciada, tornando indedutível a despesa apropriada no resultado, vez que inexistente a comprovação do seu fundamento econômico.

CSLL. ÁGIO. AMORTIZAÇÃO.

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

MULTA ISOLADA. FALTA/INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVA.

Ponto que reclama detida análise respeita à impossibilidade de cobrança cumulativa da multa de ofício e da multa exigida isoladamente, de sorte que ainda que a Recorrente tenha recolhido valor a menor de IRPJ e CSLL por estimativa, não pode haver sobre a mesma base de cálculo, a cumulação da multa isolada com qualquer outra penalidade, como ocorreu no presente caso.

JUROS SELIC.

A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais (SÚMULA CARF nº 4).

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, dar provimento parcial ao recurso, para cancelar a multa isolada. Vencidos os Conselheiros Paulo Jakson Silva Lucas e Wilson Fernandes Guimarães, relator. Os Conselheiros Edwal Casoni de Paula Fernandes, Carlos Augusto de Andrade Jenier, Valmar Fonseca de Menezes e Sérgio Luiz Bezerra Presta, votaram pelas conclusões. O Conselheiro Valmir Sandri declarou-se impedido. Designado para redigir o voto vencedor, o Conselheiro Edwal Casoni de Paula Fernandes.

“documento assinado digitalmente”

Valmar Fonseca de Menezes

Presidente

Processo nº 13609.001447/2010-89
Acórdão n.º **1301-001.309**

S1-C3T1
Fl. 1.331

“documento assinado digitalmente”

Wilson Fernandes Guimarães

Relator

“documento assinado digitalmente”

Edwald Casoni de Paula Fernandes

Redator Designado

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Valmar Fonseca de Menezes, Paulo Jakson da Silva Lucas, Wilson Fernandes Guimarães, Sérgio Luiz Bezerra Presta, Edwal Casoni de Paula Fernandes Júnior e Carlos Augusto de Andrade Jenier.

Relatório

Trata o presente processo de exigências de Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ), Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) e MULTA ISOLADA, relativas aos anos-calendário de 2005 a 2007, formalizadas em virtude da glosa de despesa de ágio.

Por bem sintetizá-los, transcrevo a seguir relato constante da decisão de primeiro grau acerca dos fatos apurados pela Fiscalização e das razões de defesa trazidas pela contribuinte autuada por meio de peça impugnatória.

[...]

Descrição das infrações imputadas

Auto de infração de IRPJ

O autuante atribui à autuada o cometimento das infrações de cuja descrição adiante se faz uma síntese.

1. AMORTIZAÇÃO - VALORES NÃO AMORTIZÁVEIS - Valor apurado conforme os dados extraídos dos arquivos digitais da fiscalizada, referentes aos lançamentos contábeis escriturados na conta 3510303 - Amortização de Ágios. Datas do fato gerador: 31.12.2005, 31.12.2006 e 31.12.2007. Enquadramento legal: artigo 13, inciso III, da Lei nº 9.249, de 1995; artigo 249, inciso I, artigo 251, parágrafo único, artigo 299, artigo 324, §§ 2º e 4º, artigo 325, todos do Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999 - Regulamento do Imposto de Renda – RIR 1999.

2. MULTAS ISOLADAS - FALTA DE RECOLHIMENTO DO IRPJ SOBRE BASE DE CÁLCULO ESTIMADA - Falta de pagamento do IRPJ incidente sobre a base de cálculo estimada em função da receita bruta e acréscimos ou balanços de suspensão ou redução, apurado conforme a planilha Demonstração de Apuração de Estimativas de IRPJ Devidas Após a Adição das Amortizações do Ágio, anexas a este auto de infração. Períodos de apuração: todos os meses dos anos-calendários de 2005, 2006 e 2007, exceto fevereiro, novembro e dezembro de 2007. Enquadramento legal: artigo 106, inciso II, alínea "c", da Lei nº 5.172, de 1966; artigo 44, § 1º, inciso IV, da Lei nº 9.430, de 1996; artigo 14 da Lei nº 11.488, de 2007; artigo 14 da Medida Provisória nº 351, de 2007; artigos 222 e 843 do RIR 1999.

Primeiro auto de infração de CSLL (fls. 479 e seguintes)

O autuante atribui à autuada o cometimento duma só infração, que é a mesma constante do item 1 do auto de infração precedente, referente ao IRPJ. Datas do fato gerador: 31.12.2005, 31.12.2006 e 31.12.2007. Enquadramento legal: artigo 2º da Lei nº 7.689, de 15.12.1988; artigo 1º da Lei nº 9.316, de 22.12.1996; artigo 28 da Lei nº 9.430, de 27.12.1996; artigo 37 da Lei nº 10.637, de 30.12.2002.

Segundo auto de infração de CSLL (fls. 486 e seguintes)

O autuante atribui à autuada o cometimento duma só infração, que é a mesma constante do item 2 do auto de infração referente ao IRPJ. Períodos de apuração: todos os meses dos anos-calendários de 2005, 2006 e 2007, exceto fevereiro,

novembro e dezembro de 2007. Enquadramento legal: artigo 106, inciso II, alínea "c", da Lei nº 5.172, de 1966; artigo 44, § 1º, inciso IV, da Lei nº 9.430, de 1996; artigo 14 da Lei nº 11.488, de 2007; artigo 14 da Medida Provisória nº 351, de 2007; artigos 222 e 843 do RIR 1999.

Relatório de auditoria fiscal

No relatório de auditoria fiscal a folhas 495 a 513 o autuante apresenta a motivação dos lançamentos. Dele extraem-se as observações e argumentos resumidos adiante.

Das operações de reestruturação societária da fiscalizada

• Durante o ano de 2004 houve diversas reestruturações societárias na Mineração Belocal e em suas controladoras. As empresas envolvidas são assim referidas: Calmit Industrial Ltda. (Calmit), Companhia de Cimento Portland Itaú (CCPI), Call Itaú Participações Minas Gerais S/A (Call), Lhoist do Brasil Ltda. (Lhoist), Cananga Participações Ltda. (Cananga) e Belocal.

Demonstrativo das reestruturações societárias

• Em junho de 2004, o controle da Belocal, cujo capital ainda estava inteiramente por ser integralizado, estava dividido entre a Calmit (20%) e a CCPI (80%), ambas do grupo Votorantim.

• Em 30.08.2004, a Calmit e a CCPI cedem suas quotas à Call, também pertencente ao grupo Votorantim, a qual as integraliza com a cessão dos créditos decorrentes do contrato de compra de ativos, no montante de R\$ 114.756.341,00. O capital social da Belocal passa de R\$100.000,00, para R\$ 114.856.341,00.

• Em 31.08.2004 a CCPI transfere sua única quota à Call, que passa a ser a única quotista.

• Em 31.08.2004 a Call emite 100 novas ações ordinárias, com direito a voto (correspondentes a 50% do capital social e a 100% do capital votante), subscritas e integralizadas em dinheiro pela Lhoist, no montante de R\$ 447.555.000,00. A Call, em atendimento à cláusula 1.1 do Contrato de Investimentos e Outras Avenças (fls. 250 a 277), registra R\$ 332.698.559,00 a título de reserva de ágio.

• Em 30.09.2004, a Call resgata as cem ações subscritas em agosto pela Lhoist. Em pagamento, transfere a esta a totalidade das quotas da Belocal, conforme o Acordo de Desinvestimento e Outras Obrigações (fls. 240 a 246). A Call então passa a ser uma controlada integral do grupo Votorantim, enquanto a Belocal assume essa condição em relação à Lhoist.

• Em 17.12.2004, a Lhoist aumenta o capital da Cananga e o integraliza com as quotas da Belocal, de modo que esta passa a ser integralmente controlada pela Cananga.

• Em 31.12.2004 a Belocal incorpora a Cananga, voltando a ser uma controlada integral da Lhoist.

Da origem dos valores contabilizados como despesas

• No período compreendido entre os anos-calendários de 2005 a 2007, a empresa registrou na ficha 06A (Demonstração do Resultado), na linha Outras Despesas Operacionais, valores anuais bastante expressivos, superiores a R\$

47.500.000,00. Nos anos de 2005, 2006 e de parte de 2007, a totalidade desses valores advém dos lançamentos efetuados na conta de resultados 3510303 - Amortização de Ágios, e entre outubro e dezembro de 2007, dos lançamentos efetuados na conta 0065800000. No histórico desses lançamentos constam os dizeres: "Amortização Ágio Incorporação Cananga".

• O montante de R\$332.698.559,00, lançado em 31.12.2004, a débito da conta Ágio na Incorporação Cananga Participações, em contrapartida dos lançamentos de abertura da conta Provisão p/ Ágio na Incorporação (conta de reserva que serviu, nessa mesma data, para aumento de capital), encontra-se registrado na contabilidade da Cananga. Conforme seu livro razão (fls. 344), esse valor foi contabilizado na conta Ágio s/ Investimentos Mineração Belocal Ltda. O valor lançado a crédito na conta Provisão p/ Ágio na Incorporação Cananga corresponde a 66% do valor lançado na conta Ágio na Incorporação Cananga Participações, exatamente como previsto na alínea "a" do § 1º do artigo 6º da Instrução CVM 319, de 1999, com a redação dada pelo artigo 1º da Instrução CVM nº 349, de 2001.

• O lançamento de R\$332.698.559,00 a débito na conta Ágio s/ Investimentos Mineração Belocal Ltda., na contabilidade da Cananga, apresenta o histórico "vr. Ref. a integralização do capital com Investimento na Mineração Belocal Ltda., parte ágio", e teve sua contrapartida na conta Capital Realizado. Com a integralização de capital com as quotas da Mineração Belocal, o capital social da Cananga saltou de R\$ 100,00 para R\$ 456.557.006,00.

• Essa integralização, registrada em 30.11.2004, foi realizada pela Lhoist, que até então possuía a totalidade das quotas da fiscalizada, quotas que, por sua vez, haviam sido adquiridas em 30.09.2004 da Call, em pagamento do resgate das ações que aquela possuía desta.

• As cem ações da Call haviam sido adquiridas pela Lhoist em 31.08.2004. De acordo com a cláusula do Contrato de Investimentos e Outras Avenças, a Lhoist subscreveu e integralizou essas ações emitidas pela Call da seguinte forma: R\$ 114.856.441,00 pagos a título de aumento de capital e R\$ 332.698.559,00 a título de ágio. Esse último, escriturado pela Lhoist na conta Ágio s/ Investimentos Call Itaú, foi, após todas as operações anteriormente descritas, registrado na fiscalizada na conta Ágio na Incorporação Cananga Partic. A amortização destes valores é a origem das despesas em discussão.

• Em 27.08.2004 a Lhoist adquiriu o controle acionário da Cananga por R\$ 100,00 (fls. 347).

• A Lhoist foi intimada a apresentar toda a documentação (planilhas, laudos etc.) que embase e confirme os fatos, valores e fundamentos econômicos que deram origem ao lançamento do ágio na compra das ações emitidas pela Call. Em resposta, apresentou o Relatório de Avaliação Econômico-Financeira - Mineração Belocal Ltda. (fls. 293 a 327). Nele consta que "o objetivo desta avaliação é o de fundamentar o ágio pago na referida transação". O relatório conclui que o valor estimado da Belocal, tendo em vista a rentabilidade futura, seria de R\$462.515.000,00.

• Apesar de a operação pela qual a Lhoist se retirou da Call ter ocorrido em 30.09.2004, a primeira, estranhamente, registra em sua contabilidade a aquisição das cotas da Belocal e a baixa do investimento na Call somente em 01.11.2004.

• Com a incorporação da Cananga pela Belocal em 31.12.2004, o valor do ágio registrado na incorporada é transferido para a incorporadora, que começa a amortizá-lo em janeiro de 2005.

Da inexistência de ágio a ser amortizado

• A operação a que se refere o contrato pelo qual a Lhoist cede suas ações da Call e recebe em troca a totalidade das quotas da Belocal caracteriza-se como permuta. Conforme o artigo 533 da Lei nº 10.406, de 2002 (Código Civil), às operações de permuta aplicam-se as disposições pertinentes à compra e venda. A operação, portanto, caracteriza a alienação, por parte da Lhoist, do investimento em sociedade por ela controlada (visto que possuía 100% das ações com direito a voto da Call, e 50% do capital social). Assim, é aplicável ao caso o artigo 426 do RIR 1999.

• Segundo Sergio de Iudícibus, o valor do ganho ou perda na venda de investimentos permanentes a terceiros será determinado pelo valor total da venda, deduzido do valor líquido pelo qual o investimento estiver contabilizado na data da transação. E esse valor líquido é o saldo do custo mais o da eventual conta de ágio ainda amortizado, ou menos o de deságio, e deduzido o saldo da provisão para perdas contabilizada na mesma data.

• Portanto, o custo de aquisição do investimento na Call, alienado naquele momento, de acordo com as regras do artigo 426 do RIR 1999, foi de R\$447.555.000,00 (valor contábil do investimento mais o valor do ágio - fls. 346); o valor do investimento adquirido (100% das quotas da Belocal), tal como estava registrado na contabilidade da Call (fls. 355), na data da operação, foi de R\$114.856.340,35 (fls. 349 a 360). A diferença entre esses valores, conforme o artigo 426 do RIR 1999, deveria receber o tratamento de perda na alienação de investimento e ser levado à apuração do resultado do exercício, e não ser novamente contabilizado como ágio.

• A Cananga não pagou ágio na operação ocorrida em 17.12.2004 (fls. 78 a 89), pela qual houve a integralização de seu capital por parte da Lhoist. O custo de aquisição do investimento na Belocal foi de R\$456.464.249,18, de acordo com o previsto no artigo 20 do Decreto-lei 1.598, de 1977 e com os registros contábeis da Lhoist, nas contas 00585 (Mineração Belocal - R\$114.856.441,00 e R\$8.909.249,18, referente à equivalência patrimonial) e 00596 (Ágio sobre Investimentos Mineração Belocal (R\$332.698.559,00 - fls. 348). O pagamento deu-se por meio da emissão de novas quotas da Cananga, no valor exato do investimento adquirido, de acordo com os registros contábeis da Lhoist.

• Isso se comprova pelos lançamentos contábeis na conta Capital Social Realizado, da Cananga, quando é aumentado o capital de R\$ 100,00 para R\$ 456.464.349,18, em virtude da integralização em causa, e do Protocolo de Incorporação e Justificação (fls. 232 a 239), no qual é discriminado o montante e o valor de cada quota da Cananga. Sendo o custo de aquisição das quotas da Belocal pela Cananga idêntico ao valor de patrimônio líquido do investimento adquirido, nos registros da Lhoist, não houve também nessa operação, o surgimento de ágio, como definido no artigo 385 do RIR 1999.

• Inexistindo ágio a ser contabilizado, não há valores relativos a sua amortização a serem deduzidos pela fiscalizada.

Da inexistência de fundamentação econômica

• Em 30.09.2004, em pagamento do resgate das cem ações da Call que havia adquirido trinta dias antes, a Lhoist recebe todas as quotas da Mineração Belocal, tornando-se sua controladora direta. No entanto, a empresa somente registra na contabilidade esse investimento (e também o ágio) em 01.11.2004.

• Em 13.08.2010 a Lhoist foi intimada a apresentar toda a documentação que confirmasse os fatos, valores e fundamentos econômicos que deram origem ao lançamento contábil do ágio de R\$332.698.559,00 resultante do investimento na Call em 31.08.2004. Em resposta, apresentou o relatório a fls 293 a 327, o qual calcula o valor de rentabilidade da Belocal, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros. Esse documento é datado de 12.11.2004.

• O documento que, de acordo com o § 3º do artigo 20 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, devia servir de base para o lançamento do ágio, foi elaborado mais de dois meses depois da data de celebração do contrato apresentado pela Lhoist. Portanto, esse documento não pode servir para o propósito desejado.

• Talvez por esse motivo a Lhoist fez o lançamento contábil da aquisição do investimento somente em novembro. Tal tentativa de se adequar ao artigo 20 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, mostra-se infrutífera, pois fere o princípio contábil da oportunidade, previsto no art. 6º da Resolução CFC nº 750, de 1993.

• Desrespeita também o disposto no mesmo artigo 20 do Decreto-lei 1.578 (1.598), de 1977, que prevê que o desdobramento do custo de aquisição em valor de patrimônio líquido e ágio na aquisição deverá ser feito no momento de aquisição da participação.

• Da combinação do disposto no caput do artigo 20 (obrigatoriedade de, na ocasião da aquisição do investimento, desdobrar custo de aquisição em valor de patrimônio líquido e ágio), com o seu § 3º (necessidade de que o lançamento do ágio cujo fundamento seja a rentabilidade futura seja baseado em documento que o comprove), conclui-se que, tanto na data da celebração do contrato de investimento (31.08.2004), quanto na data da celebração do contrato de desinvestimento (30.09.2004), não havia a comprovação do fundamento econômico do ágio pago.

• O Relatório de Avaliação Econômico-Financeira - Mineração Belocal Ltda. foi elaborado com o único objetivo de adequar, extemporaneamente, o pagamento do ágio na aquisição do investimento, já ocorrido, à legislação tributária. Isto é expressamente afirmado nos seus itens 1.4, 1.5 e 1.6.

• Conclui-se que o pagamento do ágio, ocorrido em 31.08.2004, não foi baseado em nenhum documento que comprovasse, no momento de sua ocorrência, sua fundamentação econômica. Portanto, por não se enquadrar nas disposições do artigo 7º da Lei nº 9.532, de 1997, ele não é amortizável.

Da ausência de finalidade negocial

• Em 31.12.2004, a Mineração Belocal, ao mesmo tempo em que contabiliza na conta Ágio na Incorporação Cananga Partic. o valor de R\$332.698.559,00, em virtude da incorporação da Cananga, provisiona, na conta Provisão p/ Ágio na Incorporação Cananga Partic. (redutora da conta anterior), o valor de R\$ 219.581.048,94. O valor provisionado corresponde a 66% do valor lançado na outra conta referida, conforme determinado na alínea "a" do § 1º do artigo 6º da Instrução Normativa CVM nº 349, de 2001. Esse ato normativo foi acompanhado de nota explicativa no qual a própria CVM se autocensura quanto ao procedimento de contabilização do ágio decorrente da incorporação de empresa-veículo (no caso

presente, a Cananga), reconhecendo a ausência de fundamento econômico nesse tipo de operação.

- O exposto nessa nota encaixa-se com perfeição ao presente caso. O fundamento econômico que teria justificado o surgimento do ágio era a perspectiva de rentabilidade futura. A Cananga, que havia adquirido as quotas da Belocal em 17.12.2004 por meio da integralização de seu capital, foi por esta incorporada em 31.12.2004. Não há propósito negocial ou societário em se proceder a subscrição de participação societária em empresa pertencente ao mesmo grupo econômico que, em curto espaço de tempo, é incorporada por sua controlada. A Cananga caracteriza-se evidentemente como empresa-veículo, utilizada com a única finalidade de carrear os ágios contabilizados para a RPM.

- A caracterização torna-se ainda mais evidente quando se constata, conforme o disposto no item 20.3 do Ofício-Circular/CVM/SNC/SEP nº 01, de 14.02.2007, que os procedimentos previstos pela alteração da redação na alínea "a" do § 1º do artigo 6º da Instrução CVM nº 319, de 1999, determinada pelo artigo 1º da Instrução CVM nº 349, de 2001, destinava-se exclusivamente aos casos em que houve a utilização de empresa-veículo.

- Os procedimentos previstos na Instrução CVM nº 349 foram adotados pela Belocal na contabilização do ágio e de sua respectiva provisão. Se o disposto nesse ato normativo é exclusivo para os casos em que houve a utilização de empresa-veículo, como esclarece a CVM, é inegável, no caso em tela, o papel de empresa-veículo desempenhado pela Cananga.

Da utilização de empresa de prateleira

- Outros indícios da ausência de finalidade negocial ou societária na incorporação ocorrida em 31.12.2004 podem ser constatados com a análise da evolução do quadro societário e das operações realizadas pela Cananga durante sua existência.

- A Cananga foi constituída em 22.12.2002, tendo em seu quadro societário as empresas Gesellschaft Participações Ltda. e Schaft Participações Ltda. O quadro societário dessas duas empresas era composto, exclusivamente, por pessoas que, à época, eram funcionários da empresa Pinheiro Neto Advogados. Tanto a Cananga quanto a Lhoist registram em sua contabilidade a prestação de serviços por essa empresa. Apenas em 23.08.2004 a Lhoist e Marcos de Azevedo França, responsável legal por todas as empresas do grupo Lhoist, substituem a Gesellschaft e Schaft no quadro societário da Cananga.

- A relação entre a participação no quadro societário da Gesellschaft e da Schaft e o vínculo empregatício com a Pinheiro Neto Advogados, comum a todos seus sócios, fica ainda mais evidente quando se constata que, logo após o desligamento dos empregados Ayae Ikeda e Célia Vettore de Oliveira, ocorrido em 27.09.2001, eles deixaram também o quadro societário da Schaft e foram substituídos por outros funcionários da Pinheiro Neto Advogados.

- Apesar de não possuir na época nenhum ativo e contar com capital social de apenas R\$100,00, em setembro de 2003, a Cananga obteve um empréstimo de 180.000 euros de Participations et Investissements Mineraux, sediada em Luxemburgo, conforme relatório do Departamento de Capitais Estrangeiros e Câmbio do Banco Central. Essa empresa, conforme página do Journal Officiel du Grand-Duché de Luxembourg, tem como administrador Leon A. Lhoist, o qual faz

parte do conselho executivo do grupo Lhoist, conforme informação do sítio na Internet da empresa Investsud.

• As únicas outras operações relevantes praticadas pela Cananga foram: a) em 2003, a aquisição, da Master Administração Técnica de Venda, dos direitos minerários da Extramil, os quais foram transferidos para a Lhoist em 03.01.2004 (o valor registrado dessa aquisição é muito semelhante ao do empréstimo obtido da empresa luxemburguesa); b) o pagamento dessa transferência de direitos, mediante o repasse de R\$512.252,50 (apesar de referir-se à liquidação de um direito creditório, oriundo da transferência de direitos minerários da Extramil, no histórico do razão a Cananga estranhamente registra a operação como "Vr.Ref. a empréstimo"); c) a aquisição do controle acionário da Cananga pela Lhoist, em 27.08.2004, por R\$100,00; d) a liquidação do empréstimo concedido pela empresa luxemburguesa, em 30.09.2004 (no histórico do razão a operação é descrita como "Vr. Ref. a pagto do empréstimo Lhoist", em vez de se referir à mutuante; os recursos para a liquidação advieram, em grande parte, do pagamento da transferência dos direitos minerários da Extramil, feito pela Lhoist, na mesma data); a integralização do capital com as quotas da Belocal, realizada pela Lhoist; a incorporação da Cananga pela Belocal.

• A constituição da Cananga por duas empresas que tinham como seus sócios unicamente funcionários da escritório de advocacia que prestava serviços a empresas do grupo Lhoist do Brasil, a sua inatividade por um ano inteiro e o perfil das alterações patrimoniais registradas por ela, ocorridas unicamente em operações relacionadas ao grupo Lhoist, mesmo antes do registro contábil da aquisição de seu controle, caracterizam a Cananga como uma empresa de prateleira, controlada oficiosamente pelo grupo Lhoist a partir de 2003 e utilizada para operações internas do grupo, sem fundamento econômico que as justificasse.

• Não havendo fundamento econômico para as operações, não há como admitir a amortização do ágio. A jurisprudência do Primeiro Conselho de Contribuintes confirma a impossibilidade de aproveitamento de ágio com fundamento em expectativa de rentabilidade futura, quando este se incorpora ao patrimônio da empresa por meio de incorporação sem nenhuma finalidade negocial ou societária.

Da não caracterização de despesa dedutível

• O artigo 299 do RIR 1999 dispõe sobre a dedutibilidade de despesas operacionais.

• Por todo o exposto, não pode a amortização do ágio efetuada pela Belocal ser considerada como necessária (visto que a sequência de alterações na organização societária das empresas envolvidas que originou o ágio não pode ser classificada como exigida pela atividade da empresa), nem como usuais ou normais, e nem mesmo como despesas (visto não terem sido pagas nem incorridas pela fiscalizada). Portanto, não podem ser dedutíveis para efeito de apuração do imposto de renda. Por esse motivo, os valores referentes a essas amortizações foram adicionados ao lucro líquido apurado pela empresa, conforme determinado pelo artigo 249 do RIR 1999.

Conclusão

• Os valores informados em Dirf a título de IRRF foram deduzidos do IRPJ a ser lançado, conforme demonstrado no auto de infração. Foram ainda deduzidos os valores referentes às estimativas de IRPJ e CSLL declarados em DCTF.

• Foi elaborada a planilha Demonstrativo de Consolidação do IRRF, em que se apura mensalmente o valor das retenções que a fiscalizada sofreu, conforme as informações constantes em Dirf. Esses valores foram usados nas planilhas a folhas 440 a 445, mediante a qual foi apurada a antecipação de IRPJ e CSLL que deixou de ser recolhida em virtude das infrações descritas, e a consequente multa isolada prevista no artigo 957, inciso IV, do RIR 1999, tomando-se como base o Lalur do contribuinte.

• Por depender dos mesmos elementos de prova a comprovação das infrações, foram formalizadas neste processo os autos de infração de IRPJ e CSLL, conforme § 1º do artigo 9º do Decreto nº 70.235, de 1972, com a redação dada pela Lei nº 11.196, de 2005.

Impugnação do lançamento

Conforme aviso de recebimento a folhas 514, o sujeito passivo foi cientificado dos lançamentos por via postal em 29.10.2010, uma sexta-feira. Em 29.11.2010 foi apresentada uma só impugnação, juntada a folhas 518 a 550. Ela se fez acompanhar dos documentos juntados a folhas 551 a 710. Os enunciados seguintes resumem o seu conteúdo.

PRELIMINARES

Tempestividade

• A requerente teve ciência dos autos de infração em 29.10.2010, uma sexta-feira. De acordo com o artigo 5º do Decreto nº 70.235, de 1972 e com o artigo 210 do Código Tributário Nacional (CTN), a contagem do prazo se inicia no primeiro dia útil subsequente, 03.11.2010, tal como confirmado pela Portaria nº 834, de 2009, e termina em 02.12.2010. Portanto, fica demonstrada a tempestividade da impugnação.

Esclarecimentos iniciais

• Considerando que o termo de verificação fiscal é o mesmo para os três autos de infração, a requerente apresenta impugnação idêntica a cada um deles e que abrange todas as matérias em discussão. Em virtude do princípio da economia processual, pleiteia-se a reunião dos processos administrativos.

Decadência

• A exigência fiscal refere-se a tributos decorrentes de operações ocorridas no período-base de 2004, de forma que toda ela está abrangida pela decadência.

• Para os tributos sujeitos à modalidade de lançamento por homologação, como é o caso do IRPJ e da CSLL, o prazo decadencial é de cinco anos, contado da ocorrência do fato gerador, nos termos do artigo 150, § 4º, do CTN.

• Os supostos fatos geradores das obrigações tributárias constantes desta exigência fiscal ocorreram ainda no ano-calendário de 2004. Essa conclusão é muito clara, pois, uma vez ocorrida a incorporação da Cananga pela requerente no ano-calendário de 2004 já nasce o direito de a sociedade sobrevivente amortizar o ágio no prazo previsto na legislação. Assim, o prazo para questionar os efeitos fiscais dessas operações expirou em 31.12.2009.

• No entanto, caso se entenda que a decadência dos tributos ora exigidos deve ser contado anualmente, ao menos a exigência de IRPJ e CSLL relativa a fatos

geradores mensais ocorridos durante os meses de janeiro a outubro de 2005 já se encontra abrangida pela decadência.

- Se há pagamentos mensais de tributos ao longo do período-base, é lícito pressupor a ocorrência de fatos geradores mensais do IRPJ e da CSLL. Caso o contribuinte não realize os recolhimentos mensais por estimativa, a fiscalização exige a multa isolada e também eventuais diferenças de tributos. O Conselho de Contribuintes confirmou a ocorrência de fatos geradores mensais de IRPJ e de CSLL em inúmeros acórdãos, dos quais um é citado na impugnação, sem identificação.

OS AUTOS DE INFRAÇÃO

- A fiscalização adotou como premissa do lançamento que era inexistente e sem finalidade negocial o ágio reconhecido e amortizado pela requerente, e que o ágio, pago pela Lhoist do Brasil (LDB) pelas ações da Call Itaú Participações Minas Gerais S/A (Call) não possuía nenhuma fundamentação econômica. Essa premissa é manifestamente equivocada.

OS FATOS

- A requerente é sociedade limitada que tem por objeto social, entre outros, a extração, beneficiamento e comercialização de produtos calcários. É contribuinte de diversos tributos, entre os quais o IRPJ e a CSLL, que são regularmente recolhidos aos cofres públicos nos prazos e formas previstos em lei.

- Em 2004 a requerente foi objeto de uma série de operações societárias, graças às quais a totalidade do seu capital passou a ser detida pela LDB. A fiscalização equivocadamente concluiu que essas operações societárias não permitiriam que a requerente procedesse à amortização do ágio.

Subscrição das ações da Call pela LDB

- Em 31.08.2004, conforme comprova a ata da Assembleia Geral Extraordinária da Call, essa sociedade emitiu novas ações ordinárias, representando 50% de seu capital social e 100% de seu capital votante, que foram subscritas e integralizadas em sua totalidade pela LDB ao preço de R\$447.555.000,00.

- Após a subscrição das ações, o patrimônio líquido da Call correspondia, aproximadamente, a R\$562.411.441,00. Logo, o valor do ágio pago pela LDB pela aquisição de 50% do capital da Call correspondeu a aproximadamente R\$166.349.279,50.

- Entretanto, certa de que o investimento realizado pela LDB na Call representava, em essência, a aquisição da totalidade das quotas da requerente então detidas pela Call, a LDB, desde o início, registrou em sua contabilidade o ágio relativo ao investimento na Call pelo mesmo valor (R\$332.698.559,00) que seria registrado na hipótese de a aquisição de participação no capital social da requerente tivesse sido realizada diretamente.

Resgate de ações da Call

- Em 30.09.2004, conforme a ata da Assembleia Geral Extraordinária da Call (doc. 6), esta promoveu o resgate de 100 ações ordinárias detidas pela LDB, que representavam 50% de seu capital social. O resgate foi realizado por meio da devolução de ativos de sua titularidade para LDB, conforme faculta a legislação. Esses ativos corresponderam à totalidade das quotas que a Call detinha na requerente.

• As quotas foram entregues pelo seu valor contábil, conforme expressamente autorizado pelo artigo 22 da Lei nº 9.249, de 1995. Esse fato tem implicações cruciais no registro do ágio em relação ao investimento que a LDB passou a contabilizar na requerente.

O registro do investimento na requerente e a contabilização do ágio pela LDB

• No momento em que recebeu as quotas da requerente como devolução de sua participação no capital social da Call, a LDB substituiu o investimento que detinha na Call pelo investimento que passou a deter na requerente, atribuindo-lhe o preço (custo) inicialmente pago pelas ações da Call, conforme expressamente previsto no artigo 22, § 2º, da Lei nº 9.249, de 1995.

• Como a LDB passou a ser a sociedade controladora direta da requerente, ela estava legalmente obrigada a avaliar o investimento segundo o método da equivalência patrimonial, desdobrando-se o seu valor total (R\$447.555.000,00) em: a) patrimônio líquido da participação societária (R\$114.856.441,00); b) ágio (R\$ 332.698.559,00). Logo, a partir desse momento é que a LDB apurou o ágio em relação ao investimento detido na requerente.

• O ágio registrado pela LDB em relação ao investimento na requerente comprova que a real intenção do grupo Lhoist sempre foi a de adquirir integralmente a requerente. O fundamento econômico desse ágio era a expectativa de rentabilidade futura.

O cálculo da expectativa de rentabilidade futura - data do laudo de avaliação

• O valor da expectativa de rentabilidade futura da requerente, de aproximadamente R\$462.000.000,00, foi primeiramente calculado em estudo econômico-financeiro preparado internamente pela LDB e seu controlador Lhoist S/A, sociedade constituída e existente de acordo com as leis da Bélgica.

• Para que não restasse dúvida a respeito da qualidade do cálculo, em 17.08.2004, antes da aquisição das ações da Call e da requerente, a LDB solicitou à KPMG Corporate Finance Ltda. a confirmação das projeções de resultados futuros, com o fim de obter sua validação para fins fiscais.

• Em 12.11.2004, a KPMG emitiu o Relatório de Avaliação Econômico Financeira da Mineração Belocal Ltda. (doc. 7), ratificando expressamente as premissas adotadas e o valor que a LDB tinha para a expectativa de rentabilidade futura da requerente. Esse relatório foi emitido antes da incorporação da Cananga pela requerente e, portanto, antes do início da amortização fiscal do ágio.

• Portanto, não cabe que a fiscalização lance dúvidas sobre esse cálculo, alegando que o laudo de avaliação tem data posterior à escrituração do ágio pela LDB.

Aumento de capital da Cananga, integralizado com as quotas da requerente

• Em 17.12.2004, o capital social da Cananga foi aumentado de R\$100,00 para R\$456.464.249,00, conforme alteração do contrato social realizada em 17.12.2004 (doc. 8). O aumento foi totalmente subscrito e integralizado pela LDB mediante a entrega da totalidade das quotas que a LDB tinha da requerente. Com isso, a Cananga passou a deter totalidade do capital social da requerente.

• A transferência das quotas se deu pelo valor contábil, conforme consta da alteração contratual, o que foi atestado em laudo de avaliação datado de 17.12.2004 e emitido pela Deloitte Touche Tohmatsu Auditores Independentes (doc. 9).

A incorporação da Cananga pela requerente

• Em 31.12.2004 foram realizadas reuniões de quotistas da requerente e da Cananga (doc. 10), por meio dos quais foi aprovada a incorporação da Cananga pela requerente, nos termos e condições estabelecidas no protocolo de incorporação, datado de 26.12.2004. A operação foi realizada pelo valor contábil e, nesse sentido, suportada por laudo de avaliação da Cananga preparado pela Deloitte Touche Tohmatsu Auditores Independentes em 27.12.2004.

O tratamento fiscal do ágio registrado pela requerente após a incorporação da Cananga

• No instante que antecedeu à incorporação, a Cananga detinha a totalidade das quotas da requerente, com o custo desdobrado em ágio e valor do patrimônio líquido. Esse ágio encontrava-se fundamentado na expectativa de rentabilidade futura da requerente, suportado por laudo de avaliação emitido em 12.11.2004 por empresa especializada, ou seja, antes da incorporação da Cananga e do início da amortização fiscal do ágio pela requerente.

• Com a incorporação da Cananga, a requerente passou a atender todas as condições exigidas pela legislação para que o ágio pudesse ser tratado como despesa amortizável, no prazo mínimo de cinco anos. Assim, a requerente passou a contabilizar esse ágio na conta de ativo diferido e a amortizá-lo como despesa operacional, à taxa média de 1/84, de modo que toda a amortização pudesse ser concluída em sete anos.

• Embora a requerente estivesse autorizada pela legislação a amortizar o ágio em cinco anos, fê-lo em sete anos, levando em consideração as projeções de rentabilidade futura da requerente, atestadas no relatório preparado pela KPMG. Esta é mais uma evidência de que a requerente sempre adotou as melhores práticas fiscais e contábeis e nunca agiu de forma que violasse a legislação.

O equivocado entendimento da fiscalização

• Nada há nos fatos narrados que possa justificar a glosa de despesas de amortização de ágio. A operação consistiu nada mais do que na aquisição da requerente pelo grupo belga Lhoist. Foi realizada com pagamento de ágio, entre partes independentes (Votorantim e Lhoist), de forma que o ágio gerado na operação é legítimo e passível de amortização para fins fiscais.

• Somente com base nos fatos narrados, fica evidente a total improcedência dos autos de infração, que são frutos de alegações infundadas da fiscalização e devem ser imediatamente cancelados. Ainda assim, a requerente discorre sobre suas razões de direito.

O DIREITO À AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO

Subscrição das ações da Call pela LDB e subsequente resgate

• O artigo 22, § 2º, da Lei nº 9.249, de 1995, determina que, quando uma pessoa jurídica receber um bem ou direito em devolução de sua participação no capital de determinada sociedade, esse bem ou direito deverá ser registrado: a) pelo mesmo valor contábil da participação societária, se a pessoa jurídica que estiver

reduzindo o seu capital social tiver avaliado esse bem ou direito pelo seu valor contábil; b) pelo valor de mercado do bem ou direito recebido, se a pessoa jurídica que estiver reduzindo o seu capital tiver feito a avaliação pelo valor de mercado.

• A Call resgatou as ações da LDB e entregou a essa sociedade as quotas da requerente pelo seu valor contábil. Portanto, ante o artigo 22, § 2º, da Lei nº 9.249, de 1995, a LDB tinha a obrigação legal de contabilizar as quotas da requerente pelo mesmo valor contábil atribuído às ações que a LDB tinha na Call antes de a operação de resgate de ações ter sido realizada. A norma estabelece uma regra obrigatória para a pessoa jurídica que está recebendo o bem ou o direito, e não uma faculdade. Assim, não havia alternativa senão registrar as quotas da requerente recebidas como devolução da Call pelo valor de R\$447.555.000,00.

• Segundo determina o artigo 426 do RIR 1999, o valor contábil da participação societária avaliada pelo método da equivalência patrimonial deve considerar tanto o seu valor de patrimônio líquido, quanto o ágio registrado em relação a esse investimento. Portanto, a conclusão é que a LDB agiu corretamente ao atribuir à participação da requerente então recebida o mesmo custo do investimento anteriormente detido na Call, em razão da devolução de capital.

• Diferentemente da alegação infundada da fiscalização, a operação em causa não se confunde com uma permuta. O resgate de ações nada mais é que uma operação típica de devolução de capitais ao acionista e está tipificado na Lei das S/A e também no artigo 22 da Lei nº 9.249, de 1995. Esse entendimento é corroborado pelo parecer técnico de Eliseu Martins(doc. 12), profundo conhecedor e formulador da normalização contábil brasileira.

• Nem poderia ser diferente, pois o propósito da LDB consistia em adquirir a requerente pelo valor de R\$447.555.000,00. A aquisição das ações da Call, num primeiro momento, somente foi realizada objetivando a negociação da requerente. Os R\$447.555.000 eram, portanto, o custo do investimento para a LDB na Call e, por força do artigo 22, § 2º, da Lei nº 9.249, de 1995, ele continuou a ser o custo do novo investimento que a LDB passou a deter na requerente.

A apuração do ágio relativo ao investimento na requerente

• Concluída a devolução de capital da Call, a LDB passou à condição de sociedade controladora da requerente. Por força dos artigos 384 e 385 do RIR 1999 a LDB tinha a obrigação legal de avaliar esse investimento pelo método da equivalência patrimonial, desdobrando o seu valor total em patrimônio líquido e em ágio ou deságio. Da mesma forma, nos termos do artigo 248 da Lei das S/A, os investimentos em sociedades coligadas ou controladas devem ser avaliados pelo método da equivalência patrimonial.

• O procedimento da LDB é corroborado pelo acórdão nº 101-94.008, do Primeiro Conselho de Contribuintes, cuja ementa se transcreve na impugnação, bem como pelo Carf, por meio do acórdão nº 1101.00.064, da 1ª Câmara da 1ª Turma Ordinária, datado de 13.05.2009. Esses precedentes confirmam o argumento da requerente de que a LDB agiu de acordo com a legislação fiscal em vigor. Fica, portanto, afastada a alegação fiscal de que a operação em causa resultou numa perda para a LDB e na consequente baixa do ágio relativo ao seu investimento na Call. Esse entendimento é corroborado pelo parecer técnico elaborado por Eliseu Martins.

A contribuição da requerente no aumento do capital da Cananga

- A LDB pagou R\$447.555.000,00 para adquirir as quotas da requerente, valor que correspondia ao valor de mercado das quotas e que foi contabilizado pela adquirente como custo do investimento. Dessa forma, a contribuição das quotas da requerente em aumento de capital da Cananga foi feita pelo valor de R\$ 447.555.000,00, ou seja, pelo mesmo valor contabilizado pela LDB relativamente a tal participação societária.
- O valor contábil da participação na requerente incluía ganhos de equivalência patrimonial reconhecidos pela LDB durante o período em que registrou o investimento na requerente até o momento em que as quotas da requerente foram contribuídas em aumento de capital da Cananga.
- Em consequência, por ter recebido (adquirido) a titularidade dessas quotas por um valor superior ao valor de patrimônio líquido, a Cananga foi obrigada a desdobrar, por força de disposição legal, o custo de aquisição em valor de patrimônio líquido e ágio.
- Do ponto de vista da Cananga, o recebimento das quotas da requerente como contribuição em aumento de seu capital social teve a natureza de verdadeira aquisição, para quaisquer fins de direito.
- Adquirir é um comando verbal que exprime uma ação. A ação de adquirir um bem ou direito tem relação direta com a inclusão do bem ou direito no patrimônio de uma pessoa jurídica. Adquirir é transferir para si a propriedade ou direito até então pertencente a outrem. A aquisição pode ocorrer de várias formas, entre elas, compra e venda, permuta, recebimento de doação, contribuição em aumento de capital, dação em pagamento. Em relação a uma pessoa jurídica, está claro que a titularidade de um bem ou direito pode ser adquirida por meio do recebimento do bem em contribuição em aumento de capital.
- A corroborar esse entendimento, tal como previsto no artigo 3º, § 3º, da Lei nº 7.713, de 1988, já se pronunciaram a Receita Federal do Brasil, o Carf e o Superior Tribunal de Justiça - STJ, conforme ementa das respectivas decisões transcritas na impugnação.
- O que houve foi a efetiva transferência de titularidade das quotas da requerente, que antes eram detidas diretamente pela LDB e, após o referido evento de contribuição em aumento de capital, passaram a ser detidas diretamente pela Cananga.
- Adquirir participação societária com ágio é uma questão factual, e não interpretativa. Se o custo de aquisição da participação que a Cananga passou então a deter na requerente for superior ao seu patrimônio líquido, como de fato o era, a Cananga tinha a obrigação legal de contabilizar essa diferença como ágio relativo ao investimento que passou a deter. Esse entendimento é corroborado pelo parecer técnico de autoria de Eliseu Martins.
- O valor contábil do investimento da LDB na requerente era superior ao valor do patrimônio líquido em aproximadamente R\$322.000.000,00. O custo de aquisição das quotas da requerente pela Cananga foi equivalente ao valor contábil do investimento da LDB, de aproximadamente R\$456.000.000,00. Isso comprova que o custo de aquisição do investimento foi superior ao valor do patrimônio líquido da requerente (R\$123.000.000,00), de forma que foi gerado um ágio de R\$332.000.000,00.

• O ágio reconhecido pela Cananga é originado da aquisição da requerente de um terceiro independente (Grupo Votorantim), e não gerado em operações internas dentro dum mesmo grupo econômico.

• Fica claro ser infundado o entendimento da fiscalização segundo o qual, sendo o custo de aquisição das quotas pela Cananga idêntico ao valor do patrimônio líquido do investimento adquirido nos registros da Lhoist, não houve o surgimento de ágio.

Incorporação da Cananga pela requerente e tratamento fiscal do ágio

• A amortização fiscal do ágio pela requerente está expressamente autorizada pelo artigo 386 do RIR 1999, que tem base nos artigos 7º e 9º da Lei nº 9.532, de 1997.

• Quando a requerente incorporou a Cananga em 31.12.2004, passou a reunir todas as condições exigidas pelo artigo 386 do RIR 1999 para a amortização do ágio, que foi legitimamente gerado em operação de compra e venda com parte não relacionada.

• O fato de a requerente ter utilizado o prazo de sete anos para a amortização, no lugar dos cinco anos mínimos exigidos pela legislação constitui evidência de que jamais pretendeu obter qualquer vantagem fiscal indevida ou ilegal. Ao contrário, sua conduta foi sempre pautada pelo conservadorismo e pela seriedade nas adoção de procedimentos fiscais e contábeis.

A comprovação documental do fundamento econômico do ágio

• O § 2º do inciso II, e o § 3º, do artigo 385 do RIR 1999 exigem que o ágio fundamentado na expectativa de rentabilidade futura seja baseado em demonstração, que o contribuinte arquivará como comprovante do ágio.

• Em 31.08.2004 e em 30.09.2004, quando a LDB escriturou, respectivamente, os ágios relativos aos seus investimentos na Call e na requerente, a LDB possuía estudos internos que atestavam o valor da expectativa de rentabilidade futura da requerente em aproximadamente R\$462 milhões. Esses estudos foram preparados pelo próprio grupo Lhoist para servir de base na definição de aquisição do investimento na requerente, com o fim de permitir a análise da viabilidade do negócio que o grupo Lhoist pretendia fazer. Por meio deles, o grupo Lhoist definiu que o valor de mercado da referida sociedade correspondia R\$447.555.000,00.

• Levando-se em consideração a magnitude da transação e da sofisticação do grupo Lhoist em operações de fusão e aquisição (está presente em diversos países, tais como França, Reino Unido, Alemanha, Estados Unidos e Polônia, e a sua entrada nesses mercados tem sido realizada, principalmente, por via de aquisição de participações societárias), seria leviano esperar que o grupo Lhoist concordaria pagar R\$447 milhões pela requerente e até mesmo iniciar negociações com o grupo Votorantim, sem que estivesse apoiado em estudos de viabilidade econômico-financeira da requerente.

• Para que não restasse nenhuma dúvida, no entanto, a LDB solicitou à KPMG, em 16.08.2004, antes da aquisição da Call e da requerente, a confirmação das projeções de resultados futuros da requerente, com o fim de obter sua validação para fins fiscais. Em 12.11.2004, a KPMG emitiu relatório confirmando expressamente o preço de aquisição pago pela LDB.

• Não cabe, portanto, lançar dúvidas sobre o cálculo dessa expectativa de rentabilidade futura, alegando que o laudo de avaliação que deu fundamento ao ágio tem data posterior a sua escrituração pela LDB, o que o tornaria dispensável e inidôneo para os fins a que se propõe.

• O fato de o estudo da KPMG ter sido emitido antes da conclusão da incorporação da Cananga pela requerente e, portanto, antes do início da amortização do ágio, é de especial importância.

• Ainda que a fiscalização pudesse desconsiderar os estudos internos preparados pelo grupo Lhoist antes da escrituração do ágio pela LDB, os efeitos fiscais do lançamento do ágio somente passaram a se materializar após a incorporação da Cananga.

• A própria legislação em vigor (artigo 386, § 6º, I, do RIR 1999, refletindo o disposto no artigo 8º, "a" da Lei nº 9.532, de 1997) concede o direito à amortização do ágio até mesmo quando o investimento não é obrigatoriamente avaliado pelo valor do patrimônio líquido. Nessa hipótese, o investidor não é obrigado a desdobrar, no momento da aquisição, o valor do investimento em valor patrimonial e em ágio ou deságio. Nesse contexto, não há falar em necessidade de fundamentação do ágio com base nos critérios previstos na legislação fiscal em vigor.

• Na hipótese de a investidora incorporar a investida, ou vice-versa, eventual ágio pago na aquisição de investimento não relevante também se torna dedutível, para fins fiscais, desde que os critérios para a fundamentação do ágio sejam observados.

• O único momento requerido pela legislação fiscal para que o contribuinte comprove a fundamentação do ágio na aquisição de participação societária é aquele imediatamente anterior à incorporação do investidor-investida, uma vez que é nesse momento que é concretizada a amortização fiscal do ágio. Esse entendimento é corroborado pelo parecer técnico de autoria de Eliseu Martins.

• Portanto, mais uma vez fica comprovada a improcedência das alegações fiscais.

O direito à amortização do ágio por ocasião da incorporação da Cananga

• Dando indícios da ausência de integral entendimento da matéria em discussão, bem como no cuidado na elaboração da autuação, a fiscalização chega até a atribuir à Cananga número de CNPJ que não é dela, bem como a mencionar o nome de sociedades estranhas à presente operação.

• Os pronunciamentos da CVM exaustivamente citados pela fiscalização em nenhum momento contestam a existência de fundamentação econômica dos ágios reconhecidos em operações reversas. A preocupação da CVM é tão-somente ajustar, para fins contábeis, o valor que a sociedade resultante da incorporação irá atribuir ao ágio recebido da sociedade incorporada. O ajuste ocorre por meio da constituição de uma provisão na sociedade incorporada, de forma que o valor do ágio (ativo transferido à incorporadora) somente seja reconhecido pelo montante do benefício fiscal esperado. A preocupação do regulador é proteger os acionistas minoritários da sociedade resultante da incorporação, porque na hipótese de amortização contábil do ágio em seu valor integral, os resultados da companhia são afetados negativamente e é reduzida sua capacidade de distribuir dividendos.

• Em nenhum momento a CVM disputa a existência do ativo fiscal reconhecido pela companhia resultante da incorporação. Ao contrário, são diversos os trechos dos normativos da CVM em que é expressamente afirmado o entendimento de que a incorporação resulta no reconhecimento de um ativo fiscal, relativo à amortização fiscal do ágio, pela sociedade incorporadora, uma vez que tal direito se encontra expressamente regulado na legislação.

• Justamente por entender ser legítima a amortização fiscal do ágio por via de reestruturação societária tal como a realizada no caso concreto, é que a CVM emitiu os referidos normativos, para tão-somente regular as implicações contábeis, e não fiscais, da amortização do ágio. Em abono do argumento, cita-se passagem de voto atribuído à Diretora da CVM Norma Parente.

• A constituição da provisão de 66% pela Cananga, relativamente ao ágio correspondente ao seu investimento na requerente, em nenhum momento coloca à prova a substância econômica desse ágio. Ao contrário, a provisão foi constituída somente para atender um aspecto societário e financeiro importante para o grupo Lhoist, a saber, a preservação da capacidade da requerente de distribuir dividendos.

• Considerando que o ágio é legítimo, que a validade do procedimento na sua constituição se encontra expressamente prevista na legislação, que foi gerado em operação com terceiro independente e que é inconteste sua substância econômica, nada é mais correto e coerente que o grupo Lhoist se valer da sua amortização na incorporação da Cananga pela requerente. Esse entendimento é corroborado pelo parecer técnico de autoria de Eliseu Martins.

• É infundada a alegação de que a Cananga consiste numa empresa-veículo. A Cananga consistia, de fato, numa empresa pertencente ao grupo Lhoist desde 2003, e foi utilizada pelo grupo para a realização de operações no mercado brasileiro, tal como a aquisição de direitos minerários da Extramil.

• Com isso, não há admitir a validade das suposições da fiscalização segundo a qual a Cananga consistia numa empresa de prateleira. Empresa de prateleira não faz atividade nenhuma, não adquire direitos minerários e não tem propósito negocial algum, características que não se coadunam com a função exercida pela Cananga no âmbito das atividades desempenhadas pelo grupo Lhoist no Brasil.

• A contribuição da requerente em aumento de capital da Cananga, seguida da incorporação desta, consistiu numa forma legítima de o grupo Lhoist simplificar sua estrutura societária no Brasil (que incluía a LDB, a Cananga e a requerente) e amortizar, para fins fiscais, o ágio gerado na aquisição da requerente, sem que para isso tivesse de abrir mão do controle de suas operações no Brasil por meio de uma sociedade holding.

• Tal reestruturação societária em nada diferiria de uma alternativa em que a LDB, ainda na qualidade de investidora da requerente, fosse incorporada por esta e, ato contínuo, o grupo Lhoist tivesse contribuído a requerente num aumento de capital de uma nova sociedade holding do grupo no Brasil.

• Não restam dúvidas de que, caso a LDB tivesse sido diretamente incorporada pela requerente, o ágio originalmente registrado pela LDB seria passível de amortização. Também não restam dúvidas de que seria válida e legal a constituição de nova sociedade holding pelo grupo Lhoist no Brasil, o que não comprometeria a amortização fiscal do ágio pela requerente.

- Com isso afasta-se por completo a alegação fiscal de que não há fundamento econômico para as operações que ocasionaram a contabilização do ágio.

A CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO

- Os argumentos expostos são também aplicáveis à CSLL, já que a base legal para os autos de infração referentes à CSLL é a mesma do IRPJ, ou seja, o artigo 22 da Lei nº 9.249, de 1995.
- Demonstrada a total improcedência da autuação relativa ao IRPJ, torna-se também improcedente a exigência de CSLL. Cabe a plena restituição das bases de cálculo negativas dessa contribuição para os períodos subsequentes.

A MULTA E OS JUROS

- É totalmente improcedente a exigência de multa, seja ela punitiva, seja isolada, pois os tributos questionados não são devidos.
- A fiscalização extrapolou os limites previstos na Lei nº 9.430, de 1996, ao exigir a dupla cobrança de multa. Deve ser imediatamente cancelada a exigência de multa isolada, tendo em vista que ela seria totalmente improcedente. Tal é o entendimento da Câmara Superior de Recursos Fiscais, conforme ementa transcrita na impugnação.
- Ainda que as multas aplicadas por falta de pagamentos mensais por estimativa de IRPJ e de CSLL fossem exigíveis, elas nem sequer poderiam ser cobradas da requerente, porque o ordenamento veda a exigência de estimativa após o encerramento do ano-base. Em abono do argumento, transcreve-se ementa de decisão atribuída à Câmara Superior de Recursos Fiscais.
- Quanto aos juros de mora, a jurisprudência tem reconhecido a inaplicabilidade da taxa Selic aos créditos tributários, uma vez que essa taxa não foi criada por lei para fins tributários, conforme decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça nos autos do recurso especial nº 450.422/PR.

A CONCLUSÃO E O PEDIDO

- A impugnação é tempestiva e deve ser integralmente apreciada, nas preliminares e no mérito.
- O resgate de ações da Call é ato societário típico que não se confunde com a venda de ações. A LDB não auferiu nenhuma perda com essa operação, já que as quotas da requerente foram registradas em sua contabilidade pelo mesmo custo total do investimento previamente detido na participação cancelada na Call, conforme determina o artigo 22, § 2º, da Lei nº 9.249, de 1995. Não houve qualquer realização de investimento nesse momento, já que o custo de uma participação deve ser migrado para o ativo recebido em devolução de capital.
- Aplicam-se à CSLL os mesmos argumentos desenvolvidos em relação ao IRPJ.
- A multa aplicada é confiscatória e indevida e deve ser cancelada integralmente.
- Os juros de mora devem ser calculados com base no artigo 161, § 1º, do CTN, e não de acordo com a taxa Selic, que tem conotação de juros remuneratórios e não foi estipulada por lei.

- A requerente tem por comprovada a exatidão dos procedimentos adotados e a total improcedência dos autos de infração, bem como o equívoco cometido pela fiscalização ao interpretar os fatos e o direito aplicável ao caso.
- A requerente pleiteia o acolhimento integral da impugnação, com o objetivo de cancelar os autos de infração e as penalidades aplicadas, com o consequente arquivamento do processo administrativo.
- Protesta pela juntada posterior de documentos.

A 3ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Belo Horizonte, Minas Gerais, apreciando as razões trazidas pela defesa inaugural, decidiu, por meio do acórdão nº 02-32.964, de 22 de junho de 2011, pela procedência dos lançamentos tributários.

O referido julgado restou assim ementado:

ÁGIO FUNDAMENTADO EM EXPECTATIVA DE RESULTADOS FUTUROS - DEDUTIBILIDADE DA AMORTIZAÇÃO

A pessoa jurídica que, em virtude de incorporação reversa, absorver patrimônio de sua controlada, a qual tinha desdobrado o valor da participação em seu capital em valor patrimonial e em ágio fundamentado em expectativa de resultados futuros, somente poderá deduzir a despesa com a amortização desse ágio se observadas as seguintes condições: demonstração do fundamento do ágio mediante documentação hábil e tempestiva; existência de substância econômica e propósito comercial nas operações de reorganização societária; independência entre si e possibilidade de livre negociação quanto a todas as pessoas jurídicas envolvidas na operação; ônus efetivo na aquisição do ágio para a pessoa jurídica que o registrar em sua contabilidade e cujo patrimônio for absorvido; reunião numa só pessoa jurídica do patrimônio que tiver sofrido o encargo do ágio e o patrimônio que presumivelmente gerará os lucros que justificaram o seu pagamento.

FALTA DE PAGAMENTO DE ANTECIPAÇÃO MENSAL

Verificada a falta de pagamento de antecipação mensal por estimativa cabe exigir a multa isolada, que incidirá sobre o valor não recolhido.

LANÇAMENTO DECORRENTE - CSSL

O decidido para o lançamento de IRPJ estende-se ao lançamento que com ele compartilha o mesmo fundamento factual e para os quais não há nenhuma razão de ordem jurídica que lhe recomende tratamento diverso.

Irresignada com a manutenção dos lançamentos, a contribuinte apresentou o recurso voluntário de fls. 1.171/1.219, em que, renovando a argumentação expendida na peça impugnatória, adita:

- que a decisão recorrida também incorre em flagrante nulidade, uma vez que traz fatos novos que nunca foram objeto de questionamento pela Fiscalização, tais como: inexistência de laudo detido pela CANANGA que suporte a fundamentação econômica do ágio relativo ao seu investimento na BELOCAL; erro dela quanto ao prazo de amortização fiscal do ágio; o laudo da KPMG seria falho por ter como objeto a avaliação econômica da BELOCAL; não comprovação do custo de aquisição da LDB e da Cananga em relação ao seu investimento, sob a alegação de que tais operações não teriam sido realizadas a valor de mercado; e alegações

quanto à inexistência de propósito negocial na reorganização societária realizada pelo grupo Lhoist que resultaram na amortização fiscal do ágio, bem como quanto à finalidade normativa do art. 7º da Lei nº 9.532/97;

- que comprova ser totalmente infundada a tentativa da Turma Julgadora de primeira instância de desqualificar o custo de aquisição da LDB em relação ao seu investimento na BELOCAL, principalmente com base em alegações de que referido custo resultaria de “uma ficção escritural”;

- que não merece qualquer consideração a alegação da Turma Julgadora de primeira instância de que o período de amortização do ágio seria irregular, na medida em que o laudo de avaliação da KPMG refletiria um período de amortização equivalente a nove anos e quatro meses, pois, além da alegação ser nula (fato novo em relação aos autos de infração), é incorreta e, em nenhum momento, encontra respaldo no laudo de avaliação preparado pela KPMG.

A Fazenda Nacional, amparada nas disposições do art. 48, parágrafo 2º, do ANEXO II do Regimento Interno deste Colegiado (RICARF), apresentou contrarrazões (fls. 1.295/1.325), argumentando:

- que, para a contagem da decadência, deve-se ter em mira o fato gerador da obrigação tributária, isto é, sem a materialização de alguma hipótese de incidência prevista em lei, não há que se falar em constituição de crédito fiscal, o que, por sua vez, afasta a possibilidade de contagem do prazo decadencial (não havendo fato gerador, não haverá prazo decadencial a ser contado);

- que a decisão de primeira instância não alterou em nada a fundamentação do lançamento;

- que tão somente o fato de que o ágio registrado com base em expectativa de rentabilidade futura sem a comprovação dessa expectativa em um laudo anterior à transação já seria suficiente para implicar na sua indedutibilidade;

- que o grupo empresarial do qual a recorrente faz parte não observou uma das condições necessárias à dedução futura da amortização do ágio, qual seja: a existência de laudo prévio que ateste o fundamento econômico do ágio na rentabilidade futura do investimento que foi adquirido;

- que o laudo que atesta o fundamento econômico do ágio deve ser elaborado por empresa independente, já que a adquirente tem interesse direto nessa avaliação;

- que a forma de aquisição da Belocal, mediante *casa-separa* sem apuração de ganho de capital pela alienante, certamente teve influência na definição do preço praticado;

- que o ágio cuja amortização gera despesa dedutível na hipótese prevista pelo artigo 7º da Lei nº 9.532, de 1997, é aquele correspondente ao ônus efetivo arcado por quem adquirir a participação societária e deve levar em conta os valores realmente negociados;

- que esse ágio não é algo que se pode transferir (ele deve ser produto de cada negócio ou operação pela qual a participação acionária se incorpora ao patrimônio da pessoa jurídica investidora);

- que a única operação societária na qual existiu um efetivo desembolso e negociação entre partes independentes não está devidamente amparada pelas demonstrações exigidas na Lei;

- que todas as demais operações se deram no interior do Grupo Lhoist e todo ágio “transferido” a partir de então deve ser considerado como “ágio interno”;

- que, ainda que se admitisse válido o laudo – intempestivo – de avaliação da Belocal produzido pela KPMG para a Lhoist, é descabido que a Cananga dele se valha para fundamentar o ágio na sua “aquisição” de quotas da Belocal (que na realidade não é uma simples aquisição, mas, sim, a subscrição de capital com bens, operação sujeita a requisitos próprios);

- que há que se considerar que não houve efetivo pagamento de ágio na operação pela qual houve aumento de capital da Cananga e sua integralização mediante entrega das quotas da Belocal, sobretudo quando se tem em mente que o valor das quotas da Belocal, nessa última ocasião, não foi estabelecido por partes independentes entre si;

- que a forma como a Cananga foi utilizada o tempo todo pelo Grupo Lhoist atesta a completa inexistência de propósito negocial nas operações de reestruturação societária que se seguiram à aquisição das quotas da Call;

- que desde a sua constituição até a sua extinção, em virtude da incorporação pela Belocal, a Cananga não realizou nenhuma atividade produtiva (as escassas operações patrimoniais significativas que realizou foram todas vinculadas a empresas do grupo Lhoist ou a ele ligadas, no Brasil ou no exterior, e consistiram em: empréstimo contraído em setembro de 2003, no valor de 180.000 euros, concedido por empresa estrangeira ligada à Lhoist; aquisição em 2003 dos direitos minerários da Extramil, presumivelmente com os recursos do empréstimo - não consta que os tenha explorado; alienação dos mesmos direitos minerários para a Lhoist, em janeiro de 2004; pagamento do empréstimo contraído, presumivelmente com os recursos obtidos com a alienação dos direitos minerários);

- que, deixando de lado o ganho fiscal decorrente da amortização do ágio, não fazia nenhum sentido aumentar o capital da Cananga para, apenas treze dias depois, a extinguir mediante incorporação, com todos os custos inerentes a essas operações;

- que as infrações apenadas pela chamada multa de ofício e pela multa isolada são diferentes (a multa de ofício decorre da falta ou insuficiência de pagamento de tributo pelo contribuinte, enquanto a multa isolada decorre do descumprimento do regime de estimativa).

É o Relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Wilson Fernandes Guimarães

Trata a lide de exigências de Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ), Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) e MULTA ISOLADA, relativas aos anos-calendário de 2005 a 2007, formalizadas em virtude da glosa de despesa de ágio.

Em apertada síntese, as operações que levaram ao surgimento da despesa de ágio objeto de glosa por parte da Fiscalização foram as seguintes:

a) em 30 de agosto de 2004, as empresas Calmit Industrial Ltda. (CALMIT) e Companhia de Cimentos Portland Itau (CCPI), integrantes do Grupo Votorantim e que detinham 20% e 80%, respectivamente, do capital social da fiscalizada, cederam suas quotas para empresa CALL Itau Participações Minas Gerais S/A (CALL);

b) em 31 de agosto de 2004, a empresa CALL emitiu novas ações que foram subscritas e integralizadas em sua totalidade por Lhoist do Brasil Ltda (LDB), ao preço de **R\$ 447.555.000,00, correspondendo a um ágio de R\$ 166.349.279,50, vez que foram adquiridos 50% do capital social e o patrimônio líquido da CALL correspondia à R\$ 562.411.441,00;**

c) entendendo que o investimento realizado na CALL representava, em sua essência, a aquisição da totalidade das quotas da Recorrente, então detidas pela CALL, a LDB registrou em seus livros contábeis o ágio relativo ao investimento (**na CALL**) pelo valor que seria registrado na hipótese de a aquisição da participação de 100% no capital da Recorrente tivesse sido realizada diretamente (R\$ 332.698.559,00);

d) em 30 de setembro de 2004, a CALL promoveu o resgate das ações detidas pela LDB, por meio da entrega à citada empresa da totalidade das quotas que detinha na Recorrente, sendo referida participação **entregue pelo o seu valor contábil;**

e) ao receber as quotas da Recorrente, a LDB substituiu o investimento que detinha na CALL pelas citadas quotas, atribuindo a estas o “preço” pago pelas ações da CALL (**R\$ 447.555.000,00**), momento em que desdobrou o referido valor em: 1) valor de patrimônio líquido (R\$ 114.856.441,00); e 2) ágio (R\$ 332.698.559,00);

f) em 17 de dezembro de 2004, a empresa Cananga Participações Ltda. (CANANGA), que tinha capital de R\$ 100,00, teve o seu capital aumentado para R\$ 456.464.249,00, aumento este integralizado pela LDB com as quotas da Recorrente;

g) em 31 de dezembro de 2004, a CANANGA foi incorporada pela Recorrente, passando esta a amortizar o ágio que se encontrava registrado naquela.

Os fundamentos utilizados pela Fiscalização para promover a glosa do ágio podem assim ser resumidos:

1. a operação por meio da qual a LDB recebeu a totalidade das ações da fiscalizada (Contrato de Desinvestimento e Outras Obrigações) caracterizou permuta, motivo pelo qual devem ser aplicada a ela as disposições relativas à compra e venda, conforme estabelecido no art. 533 do Código Civil;

2. tratando-se, pois, de operação caracterizada como alienação, restam aplicáveis as disposições do art. 426 do Regulamento do Imposto de Renda de 1999 (RIR/99);

3. nessa linha, o custo de aquisição do investimento na CALL foi de R\$ 447.555.000,00 (valor contábil do investimento acrescido do ágio), enquanto o valor das quotas recebidas foi de R\$ 114.856.340,35, o que, a princípio, autorizaria o registro de uma perda na alienação do investimento, mas, não, a contabilização de ágio;

4. ademais, na operação de integralização de capital da CANANGA pela LDB com as quotas da fiscalizada não houve pagamento de ágio;

5. o pagamento (relativo à integralização de capital, supõe-se) deu-se por meio de emissão de novas quotas da CANANGA, no exato valor do investimento adquirido;

6. na medida em que o custo de aquisição das quotas da fiscalizada pela CANANGA foi idêntico ao valor de patrimônio líquido do investimento adquirido, conforme registros na LDB, não houve também, na citada operação, ágio, nos termos do art. 385 do RIR/99;

7. o documento que deveria servir de base para o registro do ágio foi elaborado mais de dois meses após a data da celebração do contrato e de seu efetivo pagamento, o que, inclusive, poderia justificar o fato de a LDB, apesar de ter adquirido a totalidade da autuada em 31 de agosto de 2004, só ter feito o registro contábil de tal operação em novembro de 2004;

8. o registro contábil *a posteriori*, além de ferir o princípio contábil da oportunidade previsto no art. 6º da Resolução CFC 750/93, desrespeita também o disposto no art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598/77, que prevê que o desdobramento do custo de aquisição em valor de patrimônio líquido e ágio deve ser feito no momento da aquisição da participação;

9. O Relatório de Avaliação Econômico-Financeira – Mineração Belocal Ltda., conforme expressamente afirmado em seus sub-itens 1.4, 1.5 e 1.6, foi elaborado com o único objetivo de adequar, extemporaneamente, o pagamento do ágio na aquisição do investimento, já ocorrido, à legislação tributária;

10. a própria CVM reconhece a ausência de fundamento econômico na contabilização de ágio decorrente de “empresa-veículo”;

11. não existe propósito negocial ou societário em se proceder a subscrição de participação societária em empresa pertencente ao mesmo grupo econômico que, em curto espaço de tempo, é incorporada por sua controlada;

12. a caracterização da CANANGA como “empresa-veículo”, utilizada com a única finalidade de carrear os ágios contabilizados para a Recorrente, é evidente.

Com o intuito de robustecer a tece da ausência de substância econômica na incorporação envolvendo a fiscalizada e a CANANGA, assinala a autoridade fiscal (Termo de Verificação Fiscal, fls. 509/511)

[...]

6.2 DA UTILIZAÇÃO DE "EMPRESA DE PRATELEIRA"

Outros indícios da ausência de finalidade comercial ou societária na incorporação ocorrida em 31/12/2004 podem ser constatados da análise da evolução do quadro societário e das operações realizadas pela empresa Cananga Participações Ltda durante a sua existência.

1. A empresa Cananga Participações Ltda foi constituída em 22/11/2002, tendo em seu quadro societário as empresas Gesellschaft Participações Ltda - CNPJ 05.405.692/0001-71 e Schaft Participações Ltda - CNPJ 03.347.239/0001-20 (fls. 367/368 e 369/370, respectivamente). Por sua vez, o quadro societário destas empresas era composto, exclusivamente, por pessoas que, à época, eram funcionários da empresa Pinheiro Neto Advogados - CNPJ 60.613.478/0001-19 (fls. 371 a 377). Ressalte-se que tanto a Cananga quanto a Lhoist registram, em seus livros Razão, a prestação de serviços por esta empresa (fls. 378 e 379). Apenas em 23/08/2004 a Lhoist do Brasil Ltda e o sr. Marcos de Azevedo Ferreira França, responsável legal por todas as empresas do grupo Lhoist citadas neste Relatório, substituem as empresas Gesellschaft Participações Ltda e Schaft Participações Ltda no quadro societário da Cananga.

A relação entre a participação no quadro societário das empresas Gesellschaft Participações Ltda e Schaft Participações Ltda, e o vínculo empregatício com a Pinheiro Neto Advogados, comum a todos os seus sócios, fica mais evidente ainda quando se constata que, logo após as rescisões da empresa com os empregados Ayae Ikeda e Célia Vettore de Oliveira, ambas ocorridas em 27/09/2001 (fls. 380 e 381), estes dois funcionários também deixam o quadro societário da Schaft Participações Ltda, sendo então substituídos por dois outros funcionários da Pinheiro Neto Advogados.

2. Apesar de não possuir à época qualquer ativo, como se constata de seus registros contábeis, e possuir capital social no valor de apenas R\$ 100,00 (ainda a integralizar), em setembro de 2003 a empresa Cananga Participações Ltda obteve um empréstimo no valor de EUR 180.000,00 da empresa Participations et Investissements Minéraux, sediada em Luxemburgo, conforme o relatório do Departamento de Capitais Estrangeiros e Câmbio do Banco Central (fls. 382 e 383). Observe-se que esta empresa, conforme a página 53363 do Journal Officiel du Grand-Duché de Luxembourg (fls. 384 e 385), tem como administrador o sr. Leon A Lhoist, o qual faz parte do conselho executivo do grupo Lhoist, conforme informação do sítio na internet da empresa Investsud (fl. 385).

As únicas outras operações de relevância praticadas pela empresa Cananga, durante sua curta existência, foram:

- a obtenção de empréstimo junto à pela Participations et Investissements Minéraux, no valor de EUR 180.000;

- a aquisição, em 2003, dos direitos minerários da Extramil, adquiridos da empresa Máster Administração Técnica de Vendas, os quais foram transferidos para a Lhoist do Brasil Ltda em 03/01/2004 (fl. 387 - note-se que o valor registrado desta

aquisição é muito semelhante ao valor do empréstimo obtido à pela Participations et Investissements Minéraux);

- o pagamento desta transferência de direitos, em 30/09/2004, através do repasse de R\$ 515.252,50 (fis. 388/389 - note-se que, apesar de referir-se à liquidação de um direito creditório, oriundo da transferência de direitos minerários da Extramil, na coluna histórico de seu livro Razão, estranhamente, a Cananga registra esta operação como "Vr. Ref a empréstimo");

- a aquisição do controle acionário da Cananga, pela Lhoist do Brasil Ltda, em 27/08/2004, por R\$ 100,00;

- a liquidação do empréstimo concedido pela Participations et Investissements Minéraux, em 30/09/2004. Interessante ressaltar que, na coluna histórico de seu livro Razão a Cananga registra esta operação como "Vr. Ref a pagto do empréstimo Lhoist", ao invés de referir-se à mutuante. Note-se, ainda, que os recursos para a liquidação deste empréstimo (conta 0009 - HSBC) advém, em grande parte, do pagamento da transferência dos direitos minerários da Extramil, feito pela Lhoist, na mesma data;

- a integralização de capital com as quotas da Belocal, realizada pela Lhoist do Brasil Ltda;

- a incorporação da Cananga pela Belocal.

A constituição da Cananga por duas empresas, as quais tinham como sócios em seus registros unicamente funcionários do escritório de advocacia Pinheiro Neto Advogados (o qual prestava serviços a empresas do grupo Lhoist no Brasil), a sua completa inatividade por um ano inteiro, e o perfil das alterações patrimoniais registradas por ela, ocorridas unicamente em operações relacionadas ao grupo Lhoist, mesmo antes do registro contábil da aquisição de seu "controle acionário" pela Lhoist do Brasil Ltda, caracterizam a Cananga Participações Ltda, no entendimento desta fiscalização, como uma "empresa de prateleira", controlada oficiosamente pelo grupo Lhoist a partir de 2003 e utilizada para operações internas do grupo econômico, sem fundamento econômico que as justificasse.

Não havendo, no presente caso, fundamento econômico para as operações que ocasionaram a contabilização de ágio, não há como admitir sua amortização na apuração de seus resultados. A jurisprudência do Primeiro Conselho de Contribuintes confirma a impossibilidade de aproveitamento de ágio com fundamento em expectativa de rentabilidade futura, quando este incorpora-se ao patrimônio da empresa por meio de incorporação sem qualquer finalidade comercial ou societária. Neste sentido, transcrevo a ementa do acórdão 103-23290, datado de 05/12/2007, exarado do processo 18471-001782/2005-36, da Terceira Câmara, que assim dispôs sobre o assunto:

INCORPORAÇÃO DE EMPRESA. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. NECESSIDADE DE PROPÓSITO NEGOCIAL. UTILIZAÇÃO DE "EMPRESA VEÍCULO".

Não produz o efeito tributário almejado pelo sujeito passivo a incorporação de pessoa jurídica, em cujo patrimônio constava registro de ágio com fundamento em expectativa de rentabilidade futura, sem qualquer finalidade comercial ou societária, especialmente quando a incorporada teve o seu capital integralizado com o investimento originário de aquisição

de participação societária da incorporadora (ágio) e, ato contínuo, o evento da incorporação ocorreu no dia seguinte. Nestes casos, resta caracterizada a utilização da incorporada como mera "empresa-veículo" para transferência do ágio à incorporadora.

Mantidas as exigências pela Turma Julgadora de primeiro grau, a autuada interpôs recurso voluntário, cujas razões passo a apreciar.

DECADÊNCIA

Alega a Recorrente que as exigências sob apreciação referem-se a valores de tributos decorrentes de operações ocorridas no período-base de 2004, de forma que toda a autuação está abrangida pela decadência. Afirma que “os supostos fatos geradores das obrigações tributárias constantes desta exigência fiscal ocorreram ainda no ano-calendário de 2004”. Diz que, ainda que se entenda que a decadência deve ser contada anualmente, ao menos em relação aos fatos geradores mensais ocorridos durante os meses de janeiro a outubro de 2005 ocorreu caducidade do direito de lançar.

Não merecem acolhimento os argumentos expendidos pela Recorrente.

A tese esposada na defesa é de que, para fins de contagem do prazo decadencial, deve-se considerar a data em que as operações societárias foram realizadas, e não o momento em que as bases de cálculo dos tributos (ou contribuições) foram afetadas pelos efeitos decorrentes de referidas operações.

Com o devido respeito, a pretensão da Recorrente revela-se absurda.

À evidência, o que se submete ao crivo da autoridade fiscalizadora e, por decorrência, ao prazo decadencial estampado na norma de regência, é a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária e a aferição da base de cálculo do tributo ou contribuição devidos. Resta lógico, portanto, que, relativamente a todo e qualquer elemento que tenha influência na determinação de um ou de outro (fato gerador e base de cálculo), deve o contribuinte manter em ordem e boa guarda os correspondentes documentos de suporte, de modo a permitir que a autoridade fiscal empreenda as verificações pertinentes.

A Recorrente alega que “os supostos fatos geradores das obrigações tributárias constantes desta exigência fiscal ocorreram ainda no ano-calendário de 2004”, assim, cabe a seguinte indagação: diante da premissa de que a ocorrência do fato gerador faz nascer a obrigação tributária (CTN, art. 113, parágrafo 1º), que obrigação é essa que está sendo exigida por meio do presente processo? Nenhuma, é a resposta, vez que, no caso vertente, a fiscalizada reduziu a base de incidência do Imposto de Renda e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido por meio de registro de despesa nos anos-calendário de 2005 a 2008 e a autoridade fiscal, por meio de ato fundamentado, promoveu a glosa de referidos dispêndios, retificando o resultado fiscal apurado em cada um desses anos. Nenhuma exigência em relação ao ano-calendário de 2004 foi formalizada.

Resta evidente que a realização de reorganização societária, por si só, sem que nenhum efeito seja produzido na determinação da base de cálculo do tributo, não pode dar azo ao nascimento de obrigação tributária. Por outro lado, no caso em que referida reorganização gera efeitos que afetam a base de cálculo da exação, deve a autoridade

administrativa competente envidar esforços para, nos exatos termos do art. 142 do Código Tributário Nacional, verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível. Tal providência, à evidência, deve ser adotada com fiel observância do prazo que detém a autoridade administrativa para exercer o direito de constituir os créditos tributários.

Os lançamentos tributários foram efetivados em 29 de outubro de 2010, conforme comprovante de fls.514.

Tratando-se, pois, de tributo e contribuição submetidos a lançamento por homologação, aplica-se, para fins de decadência, as disposições do parágrafo 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional, isto é, o prazo de cinco anos para que a autoridade administrativa homologue o lançamento conta-se da data da ocorrência do fato gerador.

A contribuinte fiscalizada, relativamente aos anos-calendário submetidos ao procedimento fiscal, optou pela tributação anual dos seus resultados, com base no Lucro Real. Assim, os fatos geradores correspondentes, nos termos do parágrafo 3º do art. 2º da Lei nº 9.430, de 1996, ocorreram em 31 de dezembro de 2005, 31 de dezembro de 2006, 31 de dezembro de 2007, 31 de dezembro de 2008 e 31 de dezembro de 2009, sendo que, em relação ao mais antigo dos fatos geradores em questão (31 de dezembro de 2005), o lançamento poderia ter sido efetuado até 31 de dezembro de 2010.

Cumpre destacar que a tese de caducidade defendida pela Recorrente permitiria que determinado contribuinte, servindo-se dos mais absurdos fundamentos, engendrasse, em determinado ano, meios para reduzir as bases de cálculo de determinados tributos e contribuições, e, desde que os efeitos fiscais só fossem alcançados após cinco anos da data da elaboração do “planejamento”, nenhuma providência o Fisco poderia adotar em relação a ele, vez que a contagem do prazo decadencial tomaria por base a data do “planejamento” e não os períodos em que as bases de cálculo dos tributos foram efetivamente atingidas pelos seus efeitos.

Não merecem guarida, também, os argumentos direcionados no sentido de que, no presente caso, teria ocorrido caducidade em relação aos “fatos geradores mensais” ocorridos durante os meses de janeiro a outubro de 2005.

Com efeito, não existe nos presentes autos exigência relativa a fato gerador mensal, vez que, como já dito, o regime de tributação adotado pela autuada foi, por opção, o do lucro real anual, em que, nos termos da lei (parágrafo 3º do art. 2º da Lei nº 9.430, de 1996), considera-se ocorrido o fato gerador em 31 de dezembro do ano-calendário correspondente, seja para o Imposto de Renda Pessoa Jurídica, seja para a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido.

Se, por outro lado, a argumentação acerca da ocorrência de fatos geradores mensais diz respeito às multas isoladas, aplicadas em virtude da ausência/insuficiência de recolhimento de antecipações obrigatórias (estimativas), penso, em divergência com o esposado na decisão recorrida, que não se trata de aplicação das disposições do inciso I do art. 173 do Código Tributário Nacional.

Entendo que a verificação acerca do recolhimento das antecipações obrigatórias previstas pelo art. 2º da Lei nº 9.430/96 submete-se integralmente, às regras

aplicáveis ao Imposto de Renda, vez que citado recolhimento constitui, tão-somente, parte das obrigações daqueles que, por opção, apuram o resultado fiscal anualmente.

Nessa linha, a regra de decadência no caso vertente, em que inexiste conduta dolosa, não é outra se não a estampada no parágrafo 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional. Contudo, na medida em que o recolhimento antecipado representa parte das obrigações inerentes à apuração do imposto com base em período anual, o fato gerador a ser levado em conta na aplicação da referida norma é o relativo ao imposto determinado no final do citado período de apuração, isto é, 31 de dezembro.

Submetendo-se o Imposto de Renda ao denominado lançamento por homologação, somente a partir da ocorrência do seu fato gerador (no caso de período anual, 31 de dezembro) é que nasce para a Fazenda o direito de revisar as atividades exercidas pelo sujeito passivo, entre as quais o recolhimento antecipado exigido em virtude de sua opção.

De qualquer forma, revela-se absolutamente impróprio falar-se, no presente caso, em ocorrência de fatos geradores mensais.

Rejeito, assim, as teses de decadência esposadas na peça recursal.

INOVAÇÃO POR PARTE DA DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

Sustenta a Recorrente que a decisão de primeira instância incorre em nulidade, visto que trouxe fatos novos que nunca foram objeto de questionamento pela Fiscalização, quais sejam: i) inexistência de laudo detido pela CANANGA; ii) erro quanto ao prazo de amortização fiscal do ágio; iii) laudo falho da KPMG, pois teve como objeto a avaliação da BELOCAL; iv) não comprovação do custo de aquisição da LDB e da CANANGA em relação ao investimento nela (na Recorrente); v) inexistência de propósito negocial na reorganização societária realizada pelo grupo Lhoist, bem como quanto à finalidade normativa do art. 7º da Lei 9.532/97.

No que tange a tais alegações, tenho posicionado o meu entendimento no sentido de que o fato de a decisão prolatada em primeira instância utilizar fundamentos que não constam da peça representativa da formalização da exigência para sustentar a procedência do lançamento tributário, só tem relevância na circunstância em que referido lançamento só subsiste com base em tais fundamentos.

Ainda que estivéssemos diante de tal situação, qual seja, a inovação promovida pela autoridade julgadora de primeira instância torna procedente a exigência formalizada, penso que descabe falar em nulidade do ato decisório, eis que, em virtude da ausência de fundamentação da peça acusatória, quem não poderia subsistir é o próprio lançamento tributário.

Assim, deixando de me debruçar sobre as matérias apontadas pela Recorrente, o que farei em momento posterior, afasto a arguição de nulidade por ela sustentada.

DIREITO À AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO

Ressalto que, por se tratar de normas que introduziram autêntico benefício fiscal, as disposições estampadas nos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97 devem ser interpretadas de forma restritiva.

Diante da diversidade de situações que foram geradas a partir da introdução no ordenamento jurídico-tributário das normas em questão, penso que o pronunciamento acerca da dedutibilidade da amortização de ágio deve levar em conta as circunstâncias e as peculiaridades identificadas em cada um dos casos eventualmente submetidos ao crivo da autoridade administrativa julgadora.

Nessa linha, afasto a alegação da Recorrente no sentido de que no acórdão 1301-000.711, prolatado por esta 1ª Turma Ordinária, tenham sido apreciados “*atos e circunstâncias substancialmente similares ao caso concreto*”, pois, ali, conforme demonstram os fragmentos abaixo reproduzidos, a operação analisada foi realizada no âmbito do processo de privatização, sujeita, portanto, a interferência de outras normas, como, inclusive, restou consignado no voto condutor da referida decisão.

[...]

Como se viu do relatório, o litígio gira em torno dos efeitos fiscais decorrentes de reorganização societária, pois passou à Recorrente, relacionada com o programa de desestatização das empresas de telecomunicação. **Sua solução, portanto, passa pela compreensão do programa de desestatização levado a efeito na última década do século passado.**

Da leitura do programa de privatizações vê-se que havia exigência no sentido de que a empresa ou grupo de empresas que adquirissem as ações das empresas de telecomunicações de titularidade da União concentrassem-nas em sociedade de fim específico – SPE, que funcionaria como holding. E, para tornar mais atrativa a compra das empresas de telecomunicações, a lei instituiu um “benefício fiscal” representado pela possibilidade de, no caso de junção de empresas em que uma delas detenha investimentos na outra, adquiridos com ágio fundamentado na perspectiva de rentabilidade futura da investida, ser computado no lucro real da empresa resultante dessa junção a amortização do ágio.

Essa é a compreensão a que levam as normas contidas no Modelo de Reestruturação e Desestatização das Empresas Federais de Telecomunicações, aprovado pelo **Decreto nº 2.546/97 (editado em consonância com a Lei nº 9.472/97 Lei Geral das Telecomunicações e com a Lei nº 9.494/97) e nos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97**, que tratou dos efeitos fiscais da reestruturação societária.

[...]

Noto que a própria ementa do referido acórdão 1301-000.711, transcrita no corpo da peça recursal, esclarece que as conclusões nele esposadas devem ser consideradas “**no contexto do programa de privatização das empresas de telecomunicações, regrado pelas Leis 9.472/97 e 9.494/97, e pelo Decreto nº 2.546/97**”.

Retomando, reproduzo abaixo as disposições legais que tratam da dedutibilidade do ágio.

Lei nº 9.532/97

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

- a) o investimento não for, obrigatoriamente, avaliado pelo valor de patrimônio líquido;
- b) a empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a propriedade da participação societária.

Decreto-Lei nº 1.598/77

Art 20 - O contribuinte que avaliar investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição em:

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

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

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

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

- a) valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade;
- b) valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros;
- c) fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

§ 3º - O lançamento com os fundamentos de que tratam as letras *a* e *b* do § 2º deverá ser baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração.

Nos termos da legislação supracitada, a apropriação como despesa dedutível da amortização de ágio cujo fundamento seja a rentabilidade com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros, condiciona-se aos seguintes fatores:

- a) a pessoa jurídica deve absorver patrimônio de outra, por meio de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio;
- b) o ágio a que se reporta a letra “a” acima é aquele que surge no momento da aquisição da participação societária, representado pela diferença entre o custo de tal aquisição e o valor de patrimônio líquido no momento em que o investimento é realizado;
- c) admite-se que a despesa seja apropriada pela própria pessoa jurídica da qual se espera a rentabilidade futura (incorporação às avessas);
- d) o registro do ágio deve estar baseado em demonstração, que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração.

Em virtude da diversidade, já referenciada, de planejamentos tributários tendo por objetivo a geração de despesas de ágio, a jurisprudência administrativa tem se firmado no sentido de apontar outras condições para fins de admissibilidade da dedução das despesas em referência. Com isso, procura afastar, no âmbito estritamente tributário, aquelas em que o ágio “nasce” por meio de artificialismos.

Nesse diapasão, têm sido relevantes aspectos relacionados à ausência de relação entre as partes envolvidas e à existência de propósito negocial; a efetiva existência de ônus na aquisição da participação societária; a ausência de introdução de empresas de passagem (empresas-veículo); etc.

Antes mesmo de adentrar às peculiaridades do caso sob apreciação, observo que a Recorrente emprega interpretação bastante extensiva às disposições que disciplinam a dedução da despesa com amortização de ágio. Sua linha de raciocínio é de que, uma vez adquirida uma participação societária com ágio, ainda que essa participação seja empregada em inúmeras outras operações societárias, esse ágio poderá ser deduzido se, finalizando o processo de reorganização, a operação prevista no “caput” do art. 7º da Lei nº 9.532/97 for realizada. O entendimento é de que o ágio incorrido poderá ser transferido, de modo que, por meio de um planejamento adequado, ele pode ser aproveitado do ponto de vista tributário da forma que for mais conveniente para o Grupo econômico envolvido.

As operações relacionadas ao caso vertente podem assim ser sintetizadas:

I – LHOIST subscreve ações da empresa CALL, ao preço de R\$ 447.555.000,00 (31 de agosto de 2004);

II – CALL resgata suas ações, por meio de permuta de participações societárias (30 de setembro de 2004);

III – LHOIST integraliza capital na empresa CANANGA com quotas da BELOCAL (Recorrente), recebidas da CALL em decorrência da permuta de participações (17 de dezembro de 2004); e

IV – BELOCAL incorpora CANANGA (31 de dezembro de 2004).

A própria autoridade fiscal, penso, analisou as operações de forma segregada, pois, enxergou (equivocadamente, como se verá adiante) o pagamento do ágio na aquisição da Recorrente (OPERAÇÃO I); identificou a realização de negócio jurídico sujeito a regramento próprio no resgate de ações feito pela CALL (OPERAÇÃO II); e afirmou não ter havido pagamento de ágio na operação de integralização de capital na CANANGA pela LHOIST (OPERAÇÃO III).

A observação acima é relevante para que não se diga que, aqui, busca-se preservar os lançamentos tributários com base em fundamento diverso do utilizado pela autoridade autuante.

De início, portanto, destaco que o ágio em discussão, se existente e dedutível, refere-se à operação em que a LHOIST subscreveu ações da empresa CALL (OPERAÇÃO I), que, diga-se de passagem, não envolveu diretamente a Recorrente.

Não tenho dúvidas de que a pessoa jurídica a que se refere o *caput* do art. 7º da Lei nº 9.532, de 1997, é o “contribuinte” mencionado pelo *caput* do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, ou seja, a pessoa jurídica beneficiária da dedutibilidade antecipada da despesa é aquela que, por ocasião da aquisição da participação, incorreu em ágio.

No caso vertente, entretanto, a pessoa jurídica referenciada no *caput* do art. 7º da Lei nº 9.532, de 1997, está representada pela empresa CANANGA PARTICIPAÇÕES LTDA., que não foi quem adquiriu a participação societária na Recorrente, vez que, desconsiderado o planejamento inicial engendrado pelos envolvidos na reorganização societária (“casa - separa”, na linguagem da própria Recorrente), foi a Lhoist do Brasil Ltda (LDB) quem adquiriu, de forma indireta, a citada participação societária.

Resta configurada, assim, a transferência da despesa de ágio, o que, a meu ver, ao menos para fins de efeitos tributários, não pode ser admitida.

A Procuradoria da Fazenda Nacional, em suas contrarrazões, assinala, a meu ver, apropriadamente, que “o ágio cuja amortização gera despesa dedutível na hipótese prevista pelo artigo 7º da Lei nº 9.532, de 1997, é aquele correspondente ao ônus efetivo arcado por quem adquirir a participação societária e deve levar em conta os valores realmente negociados. **Esse ágio não é algo que se pode transferir.** Ele deve ser produto de cada negócio ou operação pela qual a participação acionária se incorpora ao patrimônio da pessoa jurídica investidora.” (GRIFEI)

O caso sob apreço, à evidência, trata de processo de reorganização societária por meio do qual o ágio inicialmente incorrido é transferido para outra pessoa jurídica, o que, a meu ver, não encontra lastro na legislação de regência.

Em que pese pronunciamentos em sentido diverso, penso que a única transferência de ágio permitida legalmente é aquela prevista na alínea “b” do art. 8º da Lei nº 9.532/97 (“incorporação às avessas”). Isto porque, mesmo nessa situação, o espírito da norma introdutora do benefício, qual seja, a reunião na mesma entidade dos lucros esperados e da despesa de ágio, não é violado.

A Recorrente afirma que a aquisição de suas quotas pelo grupo Lhoist se deu por meio da adoção de uma estrutura que condicionava referida aquisição a um primeiro investimento na CALL, isto é, por meio de um negócio jurídico reconhecidamente questionável do ponto de vista tributário, o denominado “casa-separa”. Vê-se, pois, que, de um lado temos um contribuinte disposto a vender sua participação no capital da Recorrente, mas que condiciona tal alienação a uma forma que a livra de pagar tributos sobre um eventual ganho de capital auferido; de outro, temos a compradora que, desejando também uma significativa redução de sua carga tributária, artificializa a criação de um ágio por meio da utilização de uma “empresa de prateleira” (fato devidamente comprovado nos autos e já devidamente relatado). Como resultante de todo este processo, o Erário Público que deixa de receber o que legalmente lhe é devido, seja em virtude do ganho de capital dissimulado, seja em razão da subtração indevida proporcionada pela despesa criada artificialmente.

Na tentativa de contestar a alegação da Fiscalização de que o negócio jurídico por meio do qual a Lhoist recebeu as suas quotas e entregou as que detinha na CALL representou autêntica permuta de participações societárias, a Recorrente se socorre das disposições do art. 22, parágrafo 2º, da Lei nº 9.249/95, afirmando que foi realizada uma típica operação de devolução de capital (item 56 do Recurso). Em seguida, para justificar o

desdobramento do valor dessas quotas, faz referência ao art. 385 do RIR/99 que, como é cediço, trata de desdobramento do “custo de aquisição” (item 59 do Recurso). Penso que a aplicação conjunta de tais dispositivos ao mesmo negócio jurídico revela-se, no caso vertente, inadmissível, pois, ou estamos diante de efetiva permuta de participações societárias, situação em que se deveria aplicar as disposições do art. 425 do RIR/99; ou se trataria de efetiva devolução de capital, nos termos do disposto no art. 22, parágrafo 2º, da Lei nº 9.249/95. Em qualquer que seja a situação, contudo, descabe falar em desdobramento do custo de aquisição com base no art. 385 do RIR/99.

A Recorrente alega que a CANANGA, por ter recebido (adquirido) a titularidade de suas quotas por um valor superior ao valor de patrimônio líquido, foi obrigada a desdobrar o custo de aquisição em (i) valor de patrimônio líquido e (ii) ágio.

Na linha do destacado na peça de autuação, cabe esclarecer que, na medida em que o custo de aquisição das quotas da fiscalizada pela CANANGA foi idêntico ao valor de patrimônio líquido do investimento adquirido, conforme registros na Lhoist, não houve também, na citada operação, ágio, nos termos do art. 385 do RIR/99. O pagamento relativo à integralização de capital, deu-se por meio de emissão de novas quotas da CANANGA, no exato valor do investimento adquirido.

O ágio refletido na CANANGA é puro reflexo do processo de transferência da despesa engendrado pelo Grupo Lhoist, de modo a traduzir, também, uma economia tributária, a exemplo da alcançada pelo Grupo Votorantin por meio da imposição (“condição”, nas palavras da Recorrente) de uma operação “casa-separa”.

Não obstante, ainda que se admita uma interpretação abrangente da expressão “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”, identifico outras questões capazes de obstaculizar a utilização do benefício por parte da Recorrente.

A contribuinte, procurando se distanciar da sustentação de que seria possível transferir a despesa de ágio, alega que *“do ponto de vista da CANANGA, o recebimento das quotas da Recorrente como contribuição em aumento de seu capital social teve a natureza de uma verdadeira aquisição, para quaisquer fins de direito”*. Adiante, argumenta que, *“se o custo de aquisição da participação que a CANANGA passou então a deter na Recorrente for superior ao patrimônio líquido da Recorrente, como de fato o era, a CANANGA tinha a obrigação legal de contabilizar essa diferença como ágio relativo ao investimento que passou a deter na Recorrente”*.

Vê-se, pois, que a tese da Recorrente é a de que a CANANGA, uma empresa que tinha um capital de R\$100,00, que foi constituída por empresas em que nos respectivos quadros societários constavam pessoas que, à época, eram funcionários da prestadora de serviços para ela própria (para a Recorrente), ao receber as quotas em virtude da subscrição de capital feita pela Lhoist, incorreu em “custo”, o que lhe autorizaria desdobrar o correspondente montante em valor de patrimônio líquido e ágio.

Indaga-se: efetivamente, qual foi o custo incorrido pela CANANGA para receber o aporte de capital feito pela Lhoist? Penso que absolutamente nenhum.

Com o devido respeito, por maior liberdade que se possa empregar na aplicação do vernáculo, não se pode admitir que a expressão “custo de aquisição” a que faz

referência o *caput* do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, possa estar representada, no presente caso, pelo fato de a CANANGA, uma autêntica “empresa de prateleira”, como disse a autoridade autuante, ter recebido um aporte de capital.

Não há dúvida de que, no caso vertente, custo de aquisição teve aquele que pagou pelas quotas da Recorrente, ou seja, a Lhoist. Isto se abstrairmos, em um primeiro momento, o fato de que a aquisição original foi das ações da CALL.

Ao tratar do “laudo de avaliação” relativo à fundamentação do ágio, a Recorrente afirma que as autoridades julgadoras buscaram desqualificar a fundamentação econômica do ágio pago pela Lhoist (LDB) com base nos seguintes argumentos: i) o laudo de avaliação e a contabilização da operação na Lhoist ocorreram em data posterior à da ocorrência dos fatos; ii) o fundamento econômico do ágio tem que estar determinado no momento em que a participação societária é adquirida; iii) valendo-se do princípio contábil da “oportunidade”, o registro do patrimônio e de suas manifestações deve ser feito de imediato e com a extensão correta, independentemente das causas que a originaram; iv) o relatório de avaliação elaborado pela KPMG seria falho, pois suporta a fundamentação econômica do ágio pago pela LDB pela BELOCAL, operação essa que nunca ocorreu, pois a LDB adquiriu a CALL e não a Recorrente; v) inexistência de laudo de avaliação detido pela CANANGA que justificasse a fundamentação econômica do ágio relativo ao seu investimento na BELOCAL; e vi) o termo de sete anos para a amortização fiscal do ágio pela Recorrente seria irregular, na medida em que o laudo de avaliação da KPMG refletiria um período de amortização equivalente a nove anos e quatro meses. Sustenta que as alegações de “iii” a “vi”, antes referenciadas, nunca foram objeto de questionamentos pela Fiscalização, motivo pelo qual seriam nulas, devendo ser desconsideradas por este Colegiado.

A argumentação é digna de reparo, vez que o fundamento descrito no item “iii” acima foi também utilizado pela autoridade autuante, conforme fragmento do Relatório de Auditoria Fiscal abaixo reproduzido.

[...]

Constata-se que o documento que, de acordo com o § 3º do art. 20 do Decreto-Lei 1.598/77, deveria servir de base para o lançamento do ágio (o qual teria como fundamento econômico, conforme indicado, o valor de rentabilidade da Belocal, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros), foi elaborado mais de dois meses após a data da celebração do contrato e de seu efetivo pagamento. Portanto, não pode o documento apresentado pela empresa Lhoist basear o lançamento dos valores pagos a título de ágio, como exige o § 3º do art. 20 do Decreto-Lei 1.598/77, posto que na data da aquisição não havia ainda sido elaborado.

Talvez seja por este motivo que a Lhoist, apesar de haver adquirido a totalidade da Mineração Belocal Ltda em 31/08/2004, faz o lançamento contábil da aquisição deste investimento e do ágio correspondente somente em novembro de 2004. Tal tentativa de se adequar aos ditames do art. 20 do Decreto-Lei 1.598/77, através da postergação do registro do lançamento contábil do ágio pago, porém, mostra-se infrutífera. Este procedimento fere frontalmente o princípio contábil da Oportunidade, previsto no art. 6º da Resolução CFC 750/93, cujo *caput* está abaixo transcrito:

Art. 6º - O Princípio da Oportunidade refere-se, simultaneamente, à tempestividade e à integridade do registro do patrimônio e das suas mutações,

determinando que este seja feito de imediato e com a extensão correta, independentemente das causas que as originaram (grifos meus).

Não obstante, como já foi dito, os argumentos adicionais trazidos pela decisão recorrida só seriam relevantes no contexto em que a ausência deles tornasse insubsistentes os lançamentos tributários efetivados, o que, a meu ver, não é o caso.

Os fundamentos esposados no voto condutor da decisão exarada em primeira instância, e que supostamente não foram suscitados nas peças acusatórias, prestam-se, apenas, como elementos de reforço à imputação feita pela autoridade fiscal.

Alega a Recorrente que, embora o relatório de avaliação da KPMG tenha sido elaborado em data posterior à operação, a Lhoist já possuía, por ocasião da aquisição indireta da suas quotas, estudos internos que atestavam o valor da expectativa de rentabilidade futura em aproximadamente R\$ 462 milhões.

Para corroborar tal alegação, anexa o documento de fls. 1.279/1.287, que, além de estar redigido em língua inglesa, não está assinado e não contém referência à data em que foi elaborado e ao período a que se refere. À evidência, referido documento não é hábil para comprovar o argumento da Recorrente. Adite-se, ainda, que referido documento só foi apresentado por ocasião da interposição do recurso voluntário.

O que resta comprovado, portanto, é o que a Fiscalização afirmou e a decisão recorrida ratificou, isto é, a “demonstração” do fundamento econômico do ágio foi elaborada em data posterior à realização da operação, não tendo sido atendido, assim, o disposto no parágrafo 3º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598/77.

No que diz respeito ao aproveitamento da despesa de ágio promovido pela contribuinte, reproduzo fragmentos do voto condutor da decisão combatida que, além de não merecer censura de qualquer natureza¹, refuta com propriedade argumentos repisados na peça recursal e demonstra, com clareza, a imprescindibilidade da tempestividade da demonstração a que alude o parágrafo 3º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598/77.

[...]

O autuante sustenta que não havia ágio amortizável, uma vez que a Lhoist adquirira a Belocal mediante a permuta feita de sua participação no capital da Call por 100% das quotas de capital da Belocal. Considerando que permuta equivale a uma alienação, deveria ser aplicado o disposto no artigo 426 do RIR 1999. Em consequência, o ágio que surgiu com a aquisição das quotas da Call devia ter sido registrado como perda de capital para a Lhoist e o valor da quota da Belocal devia ter sido registrado sem ágio.

O artigo 426 do RIR 1999 invocado pelo autuante dispõe que:

[...]

A impugnante contrapõe que, nos termos do artigo 22, § 2º, da Lei nº 9.249, de 1995, as quotas da Belocal recebidas em troca da participação da Call deviam ser

¹ Discordo, pois, do argumento (impróprio) da Recorrente de que as alegações das autoridades julgadoras de primeira instância "mais se aproximam de contorcionismo da realidade contábil e fiscal em verdadeira prática circense, com o velado propósito de desqualificar o ágio reconhecido pela LDB em relação ao seu investimento na BELOCAL" (item 66 do Recurso).

avaliadas pelo valor contábil desta participação, uma vez que a Call optou por avaliar as quotas da Belocal pelo seu valor contábil. As disposições da Lei nº 9.249, de 1995, invocadas pela impugnante têm a seguinte redação:

[...]

As premissas do argumento do autuante são de que o ágio foi pago na aquisição da participação da Call, não na da participação na Belocal. Ao se desfazer daquela em troca desta, avaliada pelo custo contábil pela alienante, a Lhoist deveria ter reconhecido de imediato a perda de capital correspondente à diferença entre o valor patrimonial e o valor com ágio, em vez de manter esse mesmo ágio na sua contabilidade. E em consequência, o valor da participação na Belocal ficaria reduzido ao seu custo contábil conforme registrado na Call, o qual equivalia ao seu valor patrimonial, de modo que não haveria ágio.

Ao invocar o § 2º do artigo 22 Lei nº 9.249, de 1995, a impugnante parece, à primeira vista, ter razão, uma vez que essa norma determina que a pessoa jurídica que, na condição de titular, acionista ou sócio retirante, receber, em troca da participação, bem avaliado pelo valor contábil na sociedade de que se retira, deverá registrar este novo bem pelo valor contábil da antiga participação. Não obstante, esta regra disciplina apenas e especificamente a tributação do ganho de capital eventualmente resultante de operações dessa natureza, e permite que as partes envolvidas, independentemente dos valores efetivos das transações realizadas, escolham, entre dois métodos, aquele que lhes seja mais conveniente ou vantajoso para ambas no concernente à carga tributária que cada um deva suportar. Contudo, em se tratando da dedução de amortização de ágio, como se demonstra mais adiante, a norma legal não permite que o contribuinte abandone a realidade dos fatos em favor de um arranjo meramente escritural.

Em princípio, os bens entregues em pagamento da retirada de participação no capital social devem ser avaliados pelo seu valor presente, de acordo com sua cotação de mercado ou que lhe seja equivalente. E é isso o que na realidade ocorre, pois nenhum titular, sócio ou acionista retirante aceitará, sob condições em que possa livre e conscientemente exercer sua vontade, receber menos do que vale o seu direito de participação na sociedade de que se retira. Espera-se, também, que esse bem não valha menos que a própria participação. O artigo 22 da Lei nº 9.249, de 1995, ao permitir que a operação seja contabilizada e tributada, para efeito de apurar ganho de capital, de acordo com o valor contábil, isto é, o seu custo histórico ajustado por despesas de amortização, exaustão ou depreciação, afasta-se da realidade. A sociedade que entrega o bem avaliado pelo valor contábil em troca da participação deixa de tributar ganho de capital, se o seu valor de mercado é superior, ou de deduzir perda, se é inferior. Já na pessoa jurídica que recebe bem e o registra pelo valor contábil da participação, e não pelo valor contábil do bem conforme registrado na contabilidade da pessoa jurídica de que se retira, tampouco poderá registrar como perda nem ganho a diferença entre os dois valores. Há, portanto, uma certa equivalência entre as perdas de um e os ganhos da outra, mas o que importa salientar é que, excepcionalmente, o legislador se desinteressa pelos valores reais efetivamente praticados nas operações realizadas pelas partes. Os valores apurados por esse método não refletem o custo de aquisição, no caso do sócio retirante, nem o preço de alienação, no caso da sociedade de que se retira.

Não se comprovando que correspondem aos valores efetivamente praticados na operação, os números constantes do escrituração fiscal não podem ser levados em conta para efeito de apurar eventual direito de amortização do ágio em questão. Este deve basear-se no custo efetivo de aquisição da participação em confronto com o seu

valor patrimonial. Confirmam-se as disposições da Lei nº 9.532, de 1997, que tratam do assunto:

[...]

Ambos os diplomas legais falam em participação adquirida com ágio e custo de aquisição. Esse custo de aquisição é o mesmo valor efetivamente pago pela investidora, e não aquele que resultar de uma ficção escritural, ainda que permitida pela lei. Ágio, portanto, é a diferença positiva entre o valor pago e o valor da participação avaliada pelo método da equivalência patrimonial. Que o ágio só pode resultar do confronto entre o valor efetivamente pago e o valor patrimonial é corroborado por essa passagem da obra "Manual de Contabilidade das Sociedades por Ações", de autoria de Sérgio de Iudícibus, Eliseu Martins e Ernesto Rubens Gelbecke (Sétima Edição, 2007, Editora Atlas, pág. 170):

O conceito de ágio ou deságio, aqui, não é o da diferença entre o valor pago pelas ações e seu valor nominal, mas a diferença entre o valor pago e o valor patrimonial das ações, e ocorre quando adotado o método da equivalência patrimonial.

Cumpre, pois, rejeitar o argumento da impugnante que se funda no artigo 22 da Lei nº 9.249, de 1995. O ágio cuja amortização gera despesa dedutível na hipótese prevista pelo artigo 7º da Lei nº 9.532, de 1997, é o correspondente a ônus efetivo arcado por quem adquirir a participação societária e deve levar em conta os valores realmente negociados.

Esse ágio, tampouco, é algo que se herda ou se transfere. Ele deve ser produto de cada negócio ou operação pelo qual a participação acionária se incorpora ao patrimônio da pessoa jurídica investidora.

No entanto, ainda que se admitisse que o custo de aquisição do controle integral da Belocal, para efeito de apuração do ágio, era igual ao valor contábil na Lhoist da participação na Call, nem assim se legitimaria a despesa de amortização de ágio glosada pela fiscalização, uma vez que existem outras razões que dão amparo ao lançamento, conforme demonstra a exposição que se segue neste voto.

Uma dessas razões é que, conforme demonstra o autuante, a escrituração do ágio não se fez acompanhar satisfatoriamente da documentação exigida pela legislação. O § 3º do artigo 20 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, exige que seja acompanhado de demonstração que deverá ser mantida arquivada o lançamento contábil de ágio cujo fundamento seja a previsão de resultados futuros ou de valor de mercado superior ao contábil.

Segundo argumenta a impugnante, as disposições do § 3º do artigo 20 somente se aplicariam aos investimentos sujeitos à avaliação pelo método da equivalência patrimonial, ao passo que o artigo 8º, alínea "a" da Lei nº 9.532, de 1997, concede o direito à amortização do ágio até mesmo quando o investimento não é obrigatoriamente avaliado pelo método da equivalência patrimonial. Em consequência, prescindir-se-ia da demonstração do fundamento do ágio.

O argumento da impugnante, porém, não se sustenta. Em parte, porque é contraditório com o restante de sua própria argumentação, que se constrói sobre a premissa de que tanto a Lhoist como a Cananga estavam obrigadas, por lei, ao registrar o investimento realizado na Belocal, a desdobrar o valor deste em valor do patrimônio líquido e em valor do ágio, por consistir em investimento sujeito à avaliação pelo valor do patrimônio líquido. Em segundo lugar e ainda mais

importante, porque, apesar de permitir que investimentos não sujeitos ao método da equivalência patrimonial sejam beneficiados pela amortização do ágio, a mesma Lei nº 9.532 determina tratamentos diferenciados de acordo com a classificação dos três diferentes ágios estipulada pelo § 2º do artigo 20 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, a ponto de fazer remissão expressa a esta disposição. E a dedução na determinação do resultado tributável da despesa com amortização de ágio somente é concedida quando se tratar de um desses três ágios, nomeadamente o fundamentado em valor de rentabilidade estimada com base em resultado de exercícios futuros. O ágio fundamentado no valor de mercado dos bens da controlada ou coligada superior ao custo contábil, é incorporado ao valor dos bens a que se refere e é computado na determinação do lucro real somente à medida que houver cálculo de despesas e custos relacionados a esses bens, tais como depreciação e exaustão, ou ainda na apuração de eventual ganho de capital. O ágio fundamentado no fundo de comércio, intangíveis ou outras razões econômicas, não goza de nenhum benefício, já que a norma veda a sua amortização para fins fiscais. Ora, se a vantagem tributária postulada pela impugnante é concedida apenas à amortização de uma de entre três espécies de ágio, é óbvio que lhe cabe demonstrar, a despeito de qualquer outra circunstância, qual o fundamento ou a natureza do ágio registrado em sua contabilidade. Do contrário, não havendo demonstração válida do fundamento do ágio, cabe conferir-lhe o tratamento prescrito para o ágio decorrente de outras razões econômicas, isto é, não fará jus a nenhum tratamento fiscal favorecido.

Depois de intimada pela fiscalização, a Lhoist, com o fito de demonstrar ter cumprido o requisito formal mencionado no parágrafo precedente, apresentou o documento juntado a folhas 293 a 327, que é datado de 12.11.2004 e traz o título: Relatório de Avaliação Econômico-financeira Mineração Belocal Ltda. Esse mesmo documento, de autoria da firma de auditoria contábil independente KPMG, foi reapresentado pela impugnante e se acha juntado a folhas 633 a 667.

O autuante nega validade ao documento em causa, sob o fundamento de que foi elaborado mais de dois meses depois de a Lhoist ter adquirido a participação na Belocal. Além disso, o próprio registro contábil da operação foi feito com atraso, presumivelmente em razão da espera de que ficasse pronto o relatório de avaliação. A impugnante sustenta a autenticidade do documento, argumentando que estudos elaborados prévia e internamente pelo grupo Lhoist já haviam calculados o valor da Belocal com base na rentabilidade futura, que não há exigências formais rigorosas que devam ser cumpridas por esse documento e que, de qualquer forma, ele foi elaborado antes da incorporação da Cananga pela Belocal, evento que permitiu a essa começar a amortizar o ágio pago na sua própria aquisição. Invoca, ainda, o parecer técnico juntado aos autos, de autoria de Eliseu Martins.

Contudo, mais uma vez, a impugnante não está com a razão.

A mera afirmação de que havia estudos prévios não é o bastante para conferir o direito à dedução das amortizações. O § 3º do artigo 20 é categórico ao afirmar que a demonstração deverá ser mantida arquivada como comprovante da escrituração. É verdade que o senso comum leva a concluir que, em operações de semelhante porte, os bens negociados não são avaliados de improviso, mas sim depois de cuidadosas ponderações. No entanto, diversas podem ser as motivações pelas quais o adquirente decide pagar mais do que o valor patrimonial de uma participação, mas a lei concede tratamento fiscal privilegiado apenas a um dos possíveis fundamentos do ágio: o valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros, cujas subseqüentes amortizações são dedutíveis no caso de incorporação, cisão ou fusão. Já quanto ao ágio pago em razão do valor de mercado de bens pertencentes à investida, no caso

dos mesmos eventos societários, permite-se apenas que sejam incorporados ao custo dos bens para efeito de cálculo de ganho ou perda de capital na hipótese de baixa, ou das despesas regulares em virtude de depreciação, exaustão ou amortização. Por fim, se o fundamento do ágio for a existência de comércio, intangíveis e outras razões econômicas, não se permite a dedução de nenhum valor sob nenhum título. Tal disparidade de tratamento, torna indispensável que a escrituração do ágio seja amparada por documento hábil, do contrário, deve-se presumir que o ágio foi pago em virtude de outras razões econômicas e não permitir a dedução de nenhum valor a título de amortização, nem muito menos a título de despesas decorrentes do uso ou da obsolescência.

Portanto, não se pode acatar a alegação de que o documento apresentado foi antecedido por estudos realizados antes da realização do negócio, **sobretudo porque nenhuma prova material da existência de tais estudos foi trazida aos autos.** (O GRIFO NÃO É DO ORIGINAL)

A impugnante, tanto diretamente, quanto por meio do parecer técnico anexado à impugnação, sustenta que a elaboração do relatório e a contabilização da operação na escrituração da Lhoist em data bem posterior à da ocorrência dos fatos a que se referem não prejudicam a validade dos seus atos nem o direito à amortização do ágio em causa, entre outras razões porque a Lhoist é uma sociedade limitada e porque o atraso não teria gerado nenhuma consequência. Contudo, cumpre divergir de tal opinião.

Primeiramente, convém ressaltar que, embora a Lhoist do Brasil, a Mineração Belocal e a Cananga Participações tenham sido todas constituídas como sociedades limitadas, o contrato social de todas elas, sem exceção, valendo-se da faculdade conferida pelo parágrafo único do artigo 1.053 do Código Civil de 2002, (que) prevê a regência supletiva da sociedade limitada pelas normas da sociedade anônima. Talvez por essa razão, conforme se observa dos autos e das próprias afirmações da impugnante, frequentemente foram observadas por elas regras editadas pela Comissão de Valores Mobiliários, as quais são de cumprimento compulsório apenas para as companhias abertas. Assim, a não ser que haja norma expressa no Código Civil que regule a matéria de forma diversa, as disposições da Lei 6.404, de 1976, aplicam-se às pessoas envolvidas nas operações ora em discussão.

E em que pese aos argumentos da impugnante e do seu parecerista, o atraso na elaboração do relatório de avaliação e da contabilização do ágio resultante da aquisição das quotas da Call efetivamente prejudicam o direito à dedução da respectiva amortização. Ocorre que o artigo 20 do Decreto nº 1.598, de 1977, transcrito nas páginas precedentes deste voto, fixa clara e taxativamente o momento em que se deve desdobrar o custo de aquisição em valor de patrimônio líquido e em ágio ou deságio: por ocasião da aquisição da participação. O fato de a dedução da despesa com a amortização do ágio vir a ocorrer em momento posterior não posterga a data em que se deva cumprir a demonstração do fundamento do ágio, pois esse surge é com a aquisição da participação e é então que se deve classificá-lo segundo seu fundamento econômico. O direito à dedução da amortização desse ágio naturalmente pode eventualmente surgir e será lógica e necessariamente em momento posterior, visto que uma das condições para a dedução é que haja a absorção do patrimônio da sociedade cuja participação fora adquirida com ágio, ou que esta absorva o patrimônio de sua investidora. Daí não se deriva, porém, a conclusão de que somente nessa última ocasião é que se exige a regularidade na escrituração do ágio, pois o seu fundamento econômico tem de estar determinado no momento em que a participação societária é adquirida.

A invalidade dos elementos em questão também decorre do princípio da oportunidade de que trata o artigo 6º da Resolução CFC nº 750, de 29 de dezembro de 1993, a qual dispõe sobre os princípios fundamentais da Contabilidade. Reza o artigo 6º, com a redação original (que só viria a ser alterado pela Resolução CFC nº 1.282 de 28 de maio de 2010):

Art. 6º O Princípio da OPORTUNIDADE refere-se, simultaneamente, à tempestividade e à integridade do registro do patrimônio e das suas mutações, determinando que este seja feito de imediato e com a extensão correta, independentemente das causas que as originaram.

Parágrafo único - Como resultado da observância do Princípio da OPORTUNIDADE:

I - desde que tecnicamente estimável, o registro das variações patrimoniais deve ser feito mesmo na hipótese de somente existir razoável certeza de sua ocorrência;

II - o registro compreende os elementos quantitativos e qualitativos, contemplando os aspectos físicos e monetários;

III - o registro deve ensejar o reconhecimento universal das variações ocorridas no patrimônio da ENTIDADE, em um período de tempo determinado, base necessária para gerar informações úteis ao processo decisório da gestão.

Note-se, portanto, que de acordo com o texto normativo supra, o registro do patrimônio e de suas manifestações deve ser feito de imediato e com a extensão correta, independentemente das causas que as originaram. De forma ainda mais categórica, a necessidade de efetuar o registro e o relato de todas as variações sofridas pelo patrimônio no momento em que elas ocorreram é defendida no comentário que se faz à norma supra da Resolução CFC nº 750, de 1993, na obra já citada dos autores Sérgio de Iudicibus, Eliseu Martins e Ernesto Rubens Gelbcke (em "Manual de Contabilidade das Sociedades por Ações - 7a Edição - 2007 - Editora Atlas - São Paulo - pág. 59/60). Confirmam-se algumas passagens desse comentário: (sem grifos no original):

O Princípio da Oportunidade exige a apreensão, o registro e o relato de todas as variações sofridas pelo patrimônio de uma Entidade, no momento em que elas ocorrerem. Cumprido tal preceito, chega-se ao acervo máximo de dados primários sobre o patrimônio, fonte de todos os relatos, demonstrações e análises posteriores, ou seja, o Princípio da Oportunidade é a base indispensável à fidedignidade das informações sobre o patrimônio da Entidade, relativas a um determinado período e com o emprego de quaisquer procedimentos técnicos. E o fundamento daquilo que muitos sistemas de normas denominam de "representação fiel" pela informação, ou seja, que esta espelhe com precisão e objetividade as transações e eventos que concerne. Tal atributo é, outrossim, exigível em quaisquer circunstâncias, a começar sempre nos registros contábeis, embora as normas tendem a enfatizá-lo nas demonstrações contábeis.

(...)

O Princípio da Oportunidade abarca dois aspectos distintos, mas complementares: a integridade e a tempestividade, razão pela qual muitos autores preferem denominá-lo de Princípio da Universalidade.

A integridade diz respeito à necessidade de as variações serem reconhecidas na sua totalidade, isto é, sem qualquer falta ou excesso. Concerne, pois, a completeza da apreensão, que não admite a exclusão de quaisquer variações monetariamente quantificáveis.

(...)

A tempestividade obriga a que as variações sejam registradas no momento em que ocorrerem, mesmo na hipótese de alguma incerteza, na forma relatada no item anterior. Sem o registro no momento da ocorrência, ficarão incompletos os registros sobre o patrimônio até aquele momento, e, em decorrência, insuficientes quaisquer demonstrações ou relatos, e falseadas as conclusões, diagnósticos e prognósticos.

Além disso, na discussão anterior a respeito da aplicação do artigo 22 da Lei nº 9.249, de 1995, ficou demonstrado que o ágio que pode ensejar eventual despesa de amortização dedutível é o resultante da aquisição da participação e nos valores efetivamente pagos. No caso presente, essas circunstâncias somente foram observadas na aquisição da participação acionária da Call pela Lhoist, mediante a subscrição de novas quotas de capital ocorrida em 31.08.2004, que foram integralizadas em dinheiro. Somente um mês depois, em 30.09.2004, é que a Lhoist assumiu a titularidade direta da participação na Belocal, em consequência de sua retirada da condição de sócio da Call e do recebimento, em troca da participação, das quotas da Belocal. Portanto, antes de mais nada, deveria haver uma demonstração dos fundamentos econômicos do ágio da primeira operação ocorrida em 31.08.2004.

Não obstante, o Relatório de Avaliação, a folhas 296 e seguintes, já parte de uma premissa equivocada, pois conforme enunciado no seu objetivo declarado (vide folhas 296), destinar-se-ia a fundamentar o ágio pago numa transação realizada em 31.08.2004 entre a Votorantim Cimentos do Brasil e a Lhoist do Brasil Ltda pela qual esta teria adquirido, com um ágio de R\$ 332.699.000,00 as quotas da Belocal. Ou seja, o relatório parte de duas informações incorretas: em verdade, em 31.08.2004 é a participação na Call que foi adquirida, e o ágio gerado nessa operação não foi de R\$ 332.699.000,00, mas de R\$ 166.349.279,50. Segundo a impugnante, o ágio incorretamente calculado foi também registrado erroneamente na contabilidade da Lhoist na conta patrimonial em que constava o investimento realizado na Call.

A impugnante, conforme já dito, expressamente admite o equívoco. Ele provavelmente decorre do fato de que as novas quotas da Call, que deveriam corresponder a 50% do seu capital, foram subscritas com ágio, em virtude de o valor unitário que a Lhoist concordou pagar e integralizar ter sido superior ao valor patrimonial e nominal das quotas preexistentes. E essa diferença foi registrada na Call não como parte do capital social, mas de uma reserva de capital. A Lhoist pagou pelas novas quotas um total de R\$ 447.555.000,00, mas desse montante apenas a fração de R\$ 114.856.441,00 foi acrescentada ao capital social. Os restantes R\$ 332.698.000,00 foram destinados a uma conta de reserva, integrante do patrimônio líquido. Toda essa diferença, embora fosse ela registrada como reserva de ágio na subscrição de novas quotas de capital pela Call, não equivale ao ágio pago pela Lhoist na compra das novas quotas da Call, pois aquela passou a deter 50% do capital social desta, o que lhe dava direito a 50% não só do valor nominal do capital, mas de metade de todo o patrimônio líquido. Isto é, metade do que pagou além do valor patrimonial da Call passou a pertencer à própria Lhoist, visto que todo o montante integralizado passou a integrar as contas do patrimônio líquido da Call.

A impugnante justifica o equívoco com a afirmação de que aquele valor corresponde ao ágio calculado em relação ao valor patrimonial da participação que a Lhoist viria adquirir na Belocal com o resgate realizado, um mês depois, das novas quotas pela Call, dando em troca as quotas da Belocal. E, afirma, a Lhoist sempre teve a intenção de adquirir as quotas da Belocal, e não, supõe-se, as quotas da Call. Não obstante, o Relatório da KPMG é falho ao não levar em conta essas circunstâncias e presumir que a LDB adquiriu diretamente a Belocal. E a operação de aquisição das quotas da Call é relevante para o deslinde da presente discussão, visto que foi somente nessa ocasião em que houve efetivo desembolso de recursos para a aquisição com ágio de participação societária, e também em que as negociações foram conduzidas entre partes realmente independentes entre si.

Quanto à data de conclusão desse relatório, 12.11.2004, a impugnante argumenta que, ainda que seja posterior à aquisição das quotas da Belocal pela Lhoist, ela é anterior ao momento em que a Belocal passou a deduzir as despesas de amortização, o que somente passou a ocorrer após 31.12.2004, data em que a Belocal incorporou a Cananga. Além disso, a Cananga passou a registrar o ágio amortizado pela Belocal depois de a Lhoist ter integralizado, em 17.12.2004, o aumento de seu capital com a entrega das quotas que ela possuía da Belocal. Esse argumento, porém, é infundado, pois ele pressupõe que o Relatório de Avaliação elaborado para fundamentar o ágio pago pela Lhoist não se sabe se na aquisição das quotas da Call ou da Belocal (essa incerteza decorre da própria imprecisão do documento) pudesse ser aproveitado pela Cananga para registrar com ágio as quotas da Belocal que acabaram vindo a integrar o seu ativo permanente em decorrência de terem sido entregues pela Lhoist na integralização dum aumento de capital.

Não se trata apenas de um aspecto meramente formal. Quanto aos requisitos intrínsecos ou extrínsecos desse documento, sua forma ou conteúdo, o § 3º do artigo 20 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, não traz nenhuma disposição expressa. Daí que se deve concluir que sua forma é livre. Isso não significa, porém, que o fisco está obrigado a aceitar qualquer demonstração ou que esta não precisa se fundar em critérios coerentes e sólidos. Segundo Ricardo Mariz de Oliveira ("Fundamentos do Imposto de Renda" - Editora Quartier Latin do Brasil, 2008, São Paulo - pag. 765):

Assim, não há requisitos formais expressos, diferentemente do que ocorre com os laudos de avaliação de bens conferidos para integralização de aumento de capital das sociedades anônimas, os quais devem obedecer o disposto no art. 8º da Lei n. 6404.

Mas a liberdade formal não exclui a necessidade substancial de demonstração do valor do ágio e do respectivo fundamento, com lastro em elementos que possam suportar uma contestação fiscal, a partir da qual, quando ocorrer, deve ser instituída uma avaliação contraditória nos termos do art. 148 do CTN, seja quanto aos dados da valoração do ágio, seja quanto aos seus fundamentos, como a rentabilidade esperada e o respectivo tempo, quando for o caso.

Ressalve-se, contudo, como já faz o autor citado na passagem supra, que quando a aquisição se faz em virtude da integralização de aumento de capital das sociedades anônimas, deve ser observado o disposto no artigo 8º da Lei nº 6.404, de 1976, o qual dispõe (sem grifos no original):

Art. 8º A avaliação dos bens será feita por 3 (três) peritos ou por empresa especializada, nomeados em assembléia-geral dos subscritores, convocada pela imprensa e presidida por um dos fundadores, instalando-se em primeira

convocação com a presença de subscritores que representem metade, pelo menos, do capital social, e em segunda convocação com qualquer número.

§ 1º Os peritos ou a empresa avaliadora deverão apresentar laudo fundamentado, com a indicação dos critérios de avaliação e dos elementos de comparação adotados e instruído com os documentos relativos aos bens avaliados, e estarão presentes à assembleia que conhecer do laudo, a fim de prestarem as informações que lhes forem solicitadas.

§ 2º Se o subscritor aceitar o valor aprovado pela assembleia, os bens incorporar-se-ão ao patrimônio da companhia, competindo aos primeiros diretores cumprir as formalidades necessárias à respectiva transmissão.

§ 3º Se a assembleia não aprovar a avaliação, ou o subscritor não aceitar a avaliação aprovada, ficará sem efeito o projeto de constituição da companhia.

§ 4º Os bens não poderão ser incorporados ao patrimônio da companhia por valor acima do que lhes tiver dado o subscritor.

§ 5º Aplica-se à assembleia referida neste artigo o disposto nos §§ 1º e 2º do artigo 115.

§ 6º Os avaliadores e o subscritor responderão perante a companhia, os acionistas e terceiros, pelos danos que lhes causarem por culpa ou dolo na avaliação dos bens, sem prejuízo da responsabilidade penal em que tenham incorrido; no caso de bens em condomínio, a responsabilidade dos subscritores é solidária.

Os §§ 1º e 2º do artigo 115 da mesma lei, a que se refere o § 5º, apresentam a seguinte redação:

Art. 115. O acionista deve exercer o direito a voto no interesse da companhia; considerar-se-á abusivo o voto exercido com o fim de causar dano à companhia ou a outros acionistas, ou de obter, para si ou para outrem, vantagem a que não faz jus e de que resulte, ou possa resultar, prejuízo para a companhia ou para outros acionistas. (Redação dada pela Lei nº 10.303, de 2001)

§ 1º o acionista não poderá votar nas deliberações da assembleia-geral relativas ao laudo de avaliação de bens com que concorrer para a formação do capital social e à aprovação de suas contas como administrador, nem em quaisquer outras que puderem beneficiá-lo de modo particular, ou em que tiver interesse conflitante com o da companhia.

§ 2º Se todos os subscritores forem condôminos de bem com que concorreram para a formação do capital social, poderão aprovar o laudo, sem prejuízo da responsabilidade de que trata o § 6º do artigo 8º.

Ainda relevante para a matéria é o disposto no artigo 170 da mesma lei, segundo o qual:

Art. 170. Depois de realizados 3/4 (três quartos), no mínimo, do capital social, a companhia pode aumentá-lo mediante subscrição pública ou particular de ações.

§ 1º O preço de emissão deverá ser fixado, sem diluição injustificada da participação dos antigos acionistas, ainda que tenham direito de preferência para

subscrevê-las, tendo em vista, alternativa ou conjuntamente: (Redação dada pela Lei nº 9.457, de 1997)

I - a perspectiva de rentabilidade da companhia; (Incluído pela Lei nº 9.457, de 1997)

II- o valor do patrimônio líquido da ação; (Incluído pela Lei nº 9.457, de 1997)

III - a cotação de suas ações em Bolsa de Valores ou no mercado de balcão organizado, admitido ágio ou deságio em função das condições do mercado. (Incluído pela Lei nº 9.457, de 1997)

§ 2º A assembleia-geral, quando for de sua competência deliberar sobre o aumento, poderá delegar ao conselho de administração a fixação do preço de emissão de ações a serem distribuídas no mercado.

§ 3º A subscrição de ações para realização em bens será sempre procedida com observância do disposto no artigo 8º, e a ela se aplicará o disposto nos §§ 2º e 3º do artigo 98.

§ 4º As entradas e as prestações da realização das ações poderão ser recebidas pela companhia independentemente de depósito bancário.

§ 5º No aumento de capital observar-se-á, se mediante subscrição pública, o disposto no artigo 82, e se mediante subscrição particular, o que a respeito for deliberado pela assembleia-geral ou pelo conselho de administração, conforme dispuser o estatuto.

§ 6º Ao aumento de capital aplica-se, no que couber, o disposto sobre a constituição da companhia, exceto na parte final do § 2º do artigo 82.

§ 7º A proposta de aumento do capital deverá esclarecer qual o critério adotado, nos termos do § 1º deste artigo, justificando pormenorizadamente os aspectos econômicos que determinaram a sua escolha. (Incluído pela Lei nº 9.457, de 1997)

Conforme já salientado, as empresas envolvidas nas operações ora em discussão, apesar de constituídas como sociedades limitadas, aceitaram, por meio de disposição expressa de seus contratos sociais, submeter-se, em caráter supletivo, às disposições da legislação que regula as sociedades por ações. Logo, as normas citadas devem ser observadas no caso de aumento de capital mediante subscrição de novas ações para a realização em bens, nos dizeres do § 3º do artigo 170 supra. Daí se segue também que o Relatório de Avaliação elaborado pela KPMG, destinado expressamente a outro fim (fundamentar o ágio pago na aquisição da Belocal pela Lhoist) e sem ter observado todas as formalidades prescritas pela Lei nº 6.404, de 1976, não serve para demonstrar a fundamentação do ágio registrado pela Cananga como parte do valor do investimento na Belocal.

Em vez de novo documento que demonstrasse o valor de rentabilidade da controlada adquirida, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros, por ocasião do aumento do capital da Cananga, as partes envolvidas limitaram-se a elaborar o laudo de avaliação juntado pela impugnante a folhas 682 e seguintes. Esse laudo, de apenas duas páginas, não trata de estimar o valor da Belocal com base na projeção de seus resultados futuros, mas simplesmente descreve qual o valor contábil em 30.11.2004, da participação societária nela detida pela Lhoist, com base nos registros contábeis desta.

A necessidade de um novo relatório de avaliação para legitimar a dedução da amortização do ágio fundamentado na expectativa de resultados futuros não é ditada apenas pela circunstância de que, em se tratando de subscrição de novas ações cuja integralização se faz com a entrega de bens, formalidades mais rigorosas devem ser observadas. Essa necessidade decorre também da própria natureza dos relatórios de avaliação. Examinando-se o documentado preparado pela firma de auditoria independente KPMG, verifica-se que o método empregado na avaliação consiste, em essência, em projetar para o futuro, as condições observadas no presente ou no passado próximo, ajustadas, em parte, pela experiência acumulada até então e pelo possível reflexo de circunstâncias já conhecidas. Por exemplo, se a taxa de crescimento do produto interno bruto se situou nos últimos três anos, em torno de 3%, presume-se que uma taxa próxima dessa prevalecerá nos anos vindouros. Há, portanto, um elevado grau de incerteza nessas previsões, sobretudo em virtude de, amiúde, os acontecimentos tomarem um rumo inesperado. O passado recente tem sido pródigo de situações que ilustram essa característica da realidade. Até setembro de 2008 vivia-se um momento de euforia na economia mundial. De uma maneira generalizada, os indicadores econômicos de quase todas as nações de maior peso eram positivos e apontavam para um futuro brilhante. Sucedeu, então, a quebra do banco de investimentos norte-americano Lehman Brothers, e o mundo mergulhou numa grave crise financeira, que por pouco não repetiu a Grande Depressão dos anos de 1930. Principalmente nos países mais desenvolvidos, houve significativa redução dos níveis de produção e aumento brutal do desemprego. O preço das matérias-primas, de que o Brasil é grande exportador, em questão de semanas reduziu-se a menos da metade do que se observava antes. Apenas uns poucos economistas, em geral desacreditados e ridicularizados como cassandras ou profetas do caos, alertavam que havia desequilíbrios financeiros e econômicos de que pudessem resultar semelhante convulsão. E o que dizer dos grandes desastres naturais, tais como terremotos, vulcões e enchentes cuja escala ninguém consegue prever e que podem igualmente desorganizar toda a atividade econômica não só de uma região como também de um país inteiro.

Em suma, o relatório sólido e coerente numa determinada ocasião pode tornar-se ultrapassado num curto período de tempo subsequente. Além disso, por mais que seja abalizada e bem fundamentada a avaliação da rentabilidade futura de uma empresa, pagar ágio com base nela é sempre uma aposta no futuro, isto é, assunção de riscos. E a aptidão e a inclinação para o risco difere de uma empresa para a outra. Não é verossímil, portanto, que uma empresa cuja decisão seja tomada de maneira autônoma e tendo em vista os próprios interesses, aceite de empréstimo o laudo de avaliação elaborado por encomenda de outra. Isso só ocorre nas hipóteses em que, como no presente caso, uma empresa é totalmente controlada pela outra. Mas aí, ainda que o laudo cumpra todas as formalidades e requisitos legais, a dedução da amortização do ágio não é permitida por uma razão ainda mais relevante, que é exatamente a própria condição de dependência de uma empresa pela outra, conforme se demonstra mais adiante.

Por conseguinte, por falta de cumprimento satisfatório da demonstração exigida pelo § 3º do artigo 20 do Decreto nº 1.598, de 1977, não se admite que a despesa com a amortização do ágio registrado pela Cananga pudesse ser deduzida na apuração do resultado tributável da Belocal.

A impugnante argumenta que constitui prova de que a Belocal sempre adotou as melhores práticas fiscais e contábeis e de que nunca agiu de forma que violasse a legislação o fato de ter decidido amortizar o ágio em questão em sete anos, ao passo que a legislação lhe permitiria fazê-lo em cinco anos. (O GRIFO NÃO É DO ORIGINAL) Todavia, o argumento é equivocado. O artigo 7º,

inciso III, da Lei nº 9.532, de 1997, estabelece que o ágio poderá ser amortizado à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração. Os cinco anos, portanto, é o período mínimo, isto é, sob qualquer circunstância, a amortização não pode levar menos de cinco anos. Mas isso não significa que o contribuinte tem sempre direito a amortizar em cinco anos, sem nenhum critério nem justificativa. Em verdade, a amortização deverá ser feita ao longo de todo o período computado na avaliação de seu valor com base em resultados futuros, isto é deverá estender-se por tantos anos quantos foram os levados em conta na estimativa do valor da empresa com base em resultados futuros. Realmente, se o ágio é fundamentado na expectativa de resultados futuros, a amortização deve ser confrontada com esses resultados e efetuada à medida que eles vão se realizando. No caso das companhias abertas, existe norma expressa que estabelece tal critério, a saber, o artigo 14 da Instrução CVM nº 247, de 1996 (com a redação dada pela Instrução CVM nº 285, de 1998). Confira-se sua redação (sem grifos no original):

Art. 14 - O ágio ou deságio computado na ocasião da aquisição ou subscrição do investimento deverá ser contabilizado com indicação do fundamento econômico que o determinou.

§ 1º - O ágio ou deságio decorrente da diferença entre o valor de mercado de parte ou de todos os bens do ativo da coligada e controlada e o respectivo valor contábil, deverá ser amortizado na proporção em que o ativo for sendo realizado na coligada e controlada, por depreciação, amortização, exaustão ou baixa em decorrência de alienação ou perecimento desses bens ou do investimento.

§ 2º - O ágio ou o deságio decorrente da diferença entre o valor pago na aquisição do investimento e o valor de mercado dos ativos e passivos da coligada ou controlada, referido no parágrafo anterior, deverá ser amortizado da seguinte forma.

a - o ágio ou o deságio decorrente de expectativa de resultado futuro no prazo, extensão e proporção dos resultados projetados, ou pela baixa por alienação ou perecimento do investimento, devendo os resultados projetados serem objeto de verificação anual, a fim de que sejam revisados os critérios utilizados para amortização ou registrada a baixa integral do ágio; e

b - o ágio decorrente da aquisição do direito de exploração, concessão ou permissão delegadas pelo Poder Público no prazo estimado ou contratado de utilização, de vigência ou de perda de substância econômica, ou pela baixa por alienação ou perecimento do investimento.

§ 3º - O prazo máximo para amortização do ágio previsto na letra "a" do parágrafo anterior não poderá exceder a dez anos;

Na página 176 da obra Manual de Contabilidade das Sociedades por Ações (edição já citada) encontra-se orientação semelhante, abaixo transcrita.

O ágio pago por expectativa de lucros futuros da coligada ou controlada deve ser amortizado dentro do período pelo qual se pagou por tais lucros futuros, ou seja, contra os resultados dos exercícios considerados na projeção dos lucros estimados que justifiquem o ágio. O fundamento aqui é o de que, na verdade, as receitas equivalentes aos lucros da coligada ou controlada não representam um lucro efetivo, já que a investidora pagou por eles antecipadamente, devendo, portanto, baixar o ágio contra essas receitas.

É da mesma opinião Ricardo Mariz de Oliveira, pois observa na página 765 de sua obra já citada:

Aliás, quando o ágio for baseado na expectativa de rentabilidade futura, o prazo de amortização será o estabelecido na referida demonstração, e a respectiva dedução dar-se-á dentro desse prazo, desde que observado o limite mínimo de cinco anos estabelecido pelo artigo 7º.

Se, como postula a impugnante, fosse admitido como demonstração válida do fundamento do ágio o documento elaborado pela KPMG, o período de amortização do ágio devia estender-se pelo número de anos levados em consideração no cálculo do valor da Belocal. Verifica-se, a folhas 653, que foram computados os resultados futuros de nove anos inteiros, de 2005 a 2013, mais o último quadrimestre de 2004. Logo, o ágio em questão não poderia ter sido amortizado em período inferior a esses nove anos e quatro meses. Uma vez que a Belocal vem fazendo como se esse ágio pudesse exaurir-se em sete anos, a periodicidade adotada é irregular. Note-se que a impugnante não apresenta nenhuma explicação para a adoção de sete anos como parâmetro.

Em verdade, ressalve-se, ainda que o relatório tivesse avaliado o valor da empresa com base no resultado esperado de sete anos vindouros, nenhum valor poderia ser deduzido como despesa pelas demais razões expostas neste voto.

A certa altura de sua argumentação, a impugnante afirma que a soma de R\$447.555.000,00, paga pela Lhoist para adquirir as quotas da Belocal, corresponderiam ao valor de mercado destas. Procura assim, entre outras alegações, justificar o mesmo valor atribuído a essas mesmas quotas quando foram elas usadas para subscrever e integralizar as novas quotas de capital emitidas pela Cananga. Contudo, segundo os §§ 3º e 6º do artigo 60 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, valor de mercado é a importância em dinheiro que o vendedor pode obter mediante negociação do bem no mercado; e o valor dos bens para os quais não haja mercado ativo poderá ser determinado com base em negociações anteriores e recentes do mesmo bem, ou em negociações contemporâneas de bens semelhantes, entre pessoas não compelidas a comprar ou vender e que tenham conhecimento das circunstâncias que influam de modo relevante na determinação do preço. A impugnante não comprova que as quotas da Belocal fossem objeto de negociação no mercado, e qual o preço então porventura praticado. Alternativamente, tampouco demonstra que tal preço fora atingido em negociações passadas e recentes nas condições estabelecidas na norma referida. Sendo assim, não se pode considerar como de mercado o preço avençado numa única negociação. Logo, o argumento da impugnante não se sustenta.

A impugnante afirma, reiteradamente, que o ágio é legítimo porque foi gerado em operação realizada com terceiro independente. Contudo, isso é verdade apenas em relação à operação pela qual a Lhoist subscreveu e integralizou as novas quotas de capital emitidas pela Call. Logo, o ágio legitimamente apurado com base nesse critério é apenas o resultante do valor pago pelas quotas da Call. Esse ágio, conforme expressamente admite a impugnante, montou a R\$ 166.349.279,50. Somente essa cifra, poderia ser amortizada pela Belocal caso ela tivesse incorporado a Lhoist, ou por esta, na hipótese inversa, desde que houvesse também uma demonstração válida de que o ágio fora pago em virtude da expectativa de resultados futuros. Essa demonstração, contudo, não existe, visto que o único documento apresentado com esse propósito pela impugnante diz respeito à aquisição direta das quotas da Belocal pela Lhoist.

Já todas as operações subsequentes à subscrição de quotas da Call, que culminaram com o registro do ágio na Cananga e da incorporação desta pela Belocal, foram realizadas entre empresas sob firme controle da Lhoist. Realmente, até mesmo a sua retirada do quadro societário da Call, recebendo em troca as quotas da Belocal, foi realizada com uma sociedade da qual detinha 50% do capital social e 100% do capital votante, conforme o contrato a folhas 250 e seguintes. Em consequência, a Lhoist poderia ditar os termos e critérios mediante os quais a operação foi realizada e subsequentemente contabilizada.

A própria impugnante admite que a Cananga era controlada de fato pela Lhoist antes de que se consumassem as operações em discussão, realizadas ao longo do segundo semestre de 2004. E, ainda que a impugnante se silenciasse a esse respeito, o documento a folhas 347, juntado pelo fisco, que consiste em cópia de página do livro razão da Lhoist, comprova que em 27.08.2004, esta empresa adquiriu o controle da Cananga, despendendo a módica quantia de R\$ 100,00. Ou seja, em 17.12.2004, quando a Lhoist decidiu subscrever o aumento de capital da Cananga e integralizar esse aumento com a entrega das quotas da Belocal, ela também já controlava plena e formalmente aquela empresa. E ainda que assim não fosse, a mera subscrição e integralização das novas quotas lhe conferia poderes de ditar os termos do negócio, uma vez que então o capital da Cananga limitava-se a R\$100,00, o qual com a subscrição realizada unicamente pela Lhoist se agigantaria para R\$456.557.006,00. Desses, R\$456.464.249,00 corresponderam ao valor atribuído às quotas da Belocal com base na expectativa de resultados futuros (os restantes R\$92.757,00 provieram de adiantamento para futuro aumento de capital que já havia sido realizado também pela Lhoist em 30.09.2004 - vide alteração contratual a folhas 668 e seguintes).

A independência entre as partes é aspecto crucial para que se possa reconhecer efeitos tributários ao ágio gerado em virtude de reorganizações societárias. Ágio, como já visto, surge quando o preço pago pela aquisição de uma participação societária é maior que o seu valor calculado segundo o método da equivalência patrimonial. Se durante a negociação para a aquisição não é possível que haja barganha verdadeira entre as partes em igualdade de condições, sem preponderância de uma sobre a outra, o ágio resultante não terá legitimidade nem sua amortização poderá receber tratamento fiscal favorecido. No presente caso, se a Cananga fosse empresa independente da Lhoist (e tivesse substância econômica e não fosse meramente uma empresa-veículo sem ativos e atividades produtivas), não há razões para supor que aceitaria, sem questionamento, que as ações da Belocal, entregues para integralização de seu aumento de capital valessem o mesmo valor que lhe foi atribuído pela Lhoist.

A impugnante argumenta que a verificação do ágio é uma questão de fato, e não de interpretação. Contudo, esse ágio só tem legitimidade se resultar da negociação entre partes genuinamente independentes. Não sem razão, o § 1º do artigo 115 da Lei nº 6.404, de 1976, estabelece que o acionista não poderá votar nas deliberações da assembléia-geral relativas ao laudo de avaliação de bens com que concorrer para a formação do capital social. É verdade que o § 2º do mesmo artigo ressalva que, se todos os subscritores forem condôminos do bem com que concorreram para a formação do capital social, poderão aprovar o laudo, sem prejuízo da responsabilidade de que trata o § 6º do artigo 8º. Essa ressalva, contudo, não muda a conclusão do parágrafo seguinte, nem confere legitimidade ao ágio contabilizado em consequência da operação, visto que a permissão da lei decorre de que o negócio, sob tais condições, terá sido realizado por partes mutuamente dependentes e com os mesmos interesses. Salvo pela participação simbólica de Marcos de Azevedo Ferreira França, equivalente a R\$1,00, a Lhoist detinha 100%

do capital da Cananga, e era também a proprietária das quotas da Belocal que lhe foram entregues na subscrição de novas quotas que aumentou o seu capital nominal nos valores já indicados e também a responsável pelo aumento em dinheiro. Além disso, o sr. Marcos de Azevedo, além da participação meramente simbólica, tampouco era parte independente, porque em todas essas operações atuou também como representante da Lhoist, haja vista que é ele quem assina em nome dela, além de em seu próprio nome, as alterações contratuais. Em suma, apesar de formalmente a lei permitir que a Lhoist fixasse os preços das quotas da Belocal para efeito de integralização das quotas subscritas da Cananga, já que não havia quotistas nem subscritores independentes dela própria, os valores acertados para a operação carecem de legitimidade para efeito de permitir que amortização desse ágio seja considerada uma despesa dedutível no resultado tributável.

Aliás, fossem as partes sociedades realmente independentes, e tivesse toda essa sequência de operações outro propósito senão o de tentar usufruir de vantagens fiscais, presumivelmente nem teriam ocorrido os fatos ora em discussão. Afinal, não se vislumbra nenhum sentido em aumentar de cem reais para a casa de centenas de milhões de reais o capital de uma empresa praticamente sem atividade operacional, para logo em seguida a extinguir mediante incorporação.

Além da falta de demonstração do fundamento econômico do ágio, o autuante aponta também, como motivação da glosa, a falta de substância econômica ou de finalidade negocial da presente reestruturação societária e o papel nela desempenhado pela Cananga. Esta, segundo o relatório fiscal, era apenas uma empresa de prateleira e foi usada como empresa-veículo. A impugnante contesta as afirmações do autuante, argumentando que a incorporação teve o propósito de simplificar a estrutura societária do grupo Lhoist e que, caso a Cananga fosse uma empresa apenas de fachada, não teria realizado operação alguma.

Segundo Marco Aurélio Greco (na pág. 398 da obra "Planejamento Tributário" - Editora Dialética - 2008 - São Paulo), o elemento relevante quando se está perante uma pessoa jurídica não é apenas a sua existência formal. Em matéria tributária, tão ou mais importante que o preenchimento das formalidades legais para sua constituição, é a identificação do empreendimento que justifica sua existência. A criação de uma empresa tem sentido na medida em que corresponda à vestimenta jurídica de um determinado empreendimento econômico ou profissional. A idéia de empresa é o núcleo a ser investigado. Assim deve ser, uma vez que o artigo 966 do Código Civil dispõe que se considera empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços. Não há empresa quando não há atividade organizada para a produção ou a circulação de bens ou serviços. Similarmente, uma reestruturação societária terá finalidade negocial ou substância econômica se contribuir para que a atividade empresarial atinja seu fim. Eventuais vantagens tributárias podem até ser a consequência dela, mas não a sua motivação única.

Apesar do argumento da impugnante, não está demonstrado que a Cananga efetivamente tivesse algum propósito empresarial. Segundo relata o autuante, no que não é contestado pela impugnante, a Cananga foi constituída em 22.11.2002 por duas outras empresas, cujo quadro societário, por sua vez, era integrado de funcionários da firma de advogados que presta serviços para o grupo Lhoist. Seu capital social era de apenas R\$100,00, que não viria a ser integralizado até que a Lhoist assumisse ostensivamente a condição de sua controladora. E esse capital só foi aumentado e integralizado em 17.12.2004, 13 dias antes de que fosse extinta. Desde a sua constituição até a sua extinção, em virtude da incorporação pela Belocal, não realizou nenhuma atividade produtiva. As escassas operações

patrimoniais significativas que realizou, segundo relatado no termo de verificação fiscal, foram todas vinculadas a empresas do grupo Lhoist ou a ele ligadas, no Brasil ou no exterior, e consistiram em: empréstimo contraído em setembro de 2003, no valor de 180.000 euros, concedido por empresa estrangeira ligada à Lhoist; aquisição em 2003 dos direitos minerários da Extramil, presumivelmente com os recursos do empréstimo; alienação dos mesmos direitos minerários para a Lhoist, em janeiro de 2004; pagamento do empréstimo contraído, presumivelmente com os recursos obtidos com a alienação dos direitos minerários. Além desses, o que há de significativo são apenas os fatos já conhecidos neste processo: aumento do capital mediante emissão de novas quotas subscritas pela Lhoist e integralizadas com a entrega da participação da Belocal, e a sua incorporação por esta.

Ao contrário do que afirma a impugnante, essas operações não provam nenhuma finalidade empresarial para a Cananga. Em ambos os grupos de operações ela atuou apenas como empresa de passagem. No primeiro, apenas serviu de passagem por meio da qual a Lhoist adquiriu os direitos minerários da Extramil. O empréstimo por empresa ligada ao grupo Lhoist permitiu que adquirisse esses direitos, mas não consta que os tenha explorado. Pouco tempo depois os repassou à Lhoist e liquidou o empréstimo. E a capitalização mediante a entrega das quotas apenas permitiu que a Belocal incorporasse ao seu patrimônio o ágio pago em razão da expectativa de resultados futuros.

Já o motivo que, segundo a impugnante, conferiria substância econômica para a incorporação é flagrantemente contraditório. Se o objetivo era a simplificação da estrutura societária do grupo Lhoist no Brasil, o caminho óbvio, mais simples e menos oneroso era promover a dissolução e liquidação da Cananga, quando seu capital, ainda nem sequer realizado, era de apenas R\$ 100,00, e ainda ela não possuía ativos. Deixando de lado o eventual ganho fiscal decorrente da amortização do ágio, não fazia nenhum sentido em aumentar o capital da Cananga para logo em seguida, apenas 13 dias depois, a extinguir mediante incorporação, com todos os custos inerentes a essas operações.

Segundo a impugnante, ao contrário do que argumenta o fiscal autuante, a Instrução CVM nº 349, de 2001, e o Ofício Circular CVM/SNC/SEP nº 1, de 2007, não nega a existência do ágio nem o benefício fiscal que ele proporciona, e as determinações neles contidas destinaram-se apenas a proteger os acionistas minoritários. Não obstante, a impugnante mais uma vez se equivoca.

Evidentemente, a CVM não poderia se pronunciar acerca das consequências tributárias de tais atos societários, pois isso escaparia ao seu rol de atribuições. Disciplinar e fiscalizar os efeitos tributários de quaisquer operações é matéria que compete à Secretaria da Receita Federal do Brasil. A Comissão de Valores Mobiliários - CVM, por sua vez, embora pertencente à estrutura do Ministério da Fazenda, de acordo com a Lei nº 8.532, de 1976, tem as seguintes atribuições:

[...].

Por outro lado, os atos da CVM invocados pelo autuante de fato corroboram o seu argumento de que não têm substância econômica as operações de reestruturação societária que se caracterizam pela incorporação de uma empresa-veículo, tal como a realizada entre Cananga, Belocal e Lhoist, e que seu propósito se limita a obter uma vantagem de natureza tributária. A CVM, dentro do âmbito de sua competência, não determina o estorno da amortização, apenas exige que as companhias abertas adotem medidas contábeis e escriturais que neutralizem os efeitos patrimoniais dessas operações, de modo que o reflexo delas nas demonstrações financeiras e na destinação do lucro líquido se limite ao eventual ganho tributário obtido ou

esperado. Note-se que o autuante apenas cita tais atos para ilustrar seu argumento, e não para fundamentar a glosa, como se eles proibissem ou determinassem o estorno de tais amortizações. Nesse sentido, os atos citados são importantes para a análise da questão. As passagens relevantes são transcritas adiante.

A Instrução CVM nº 319, de 1999, dispõe que:

DO TRATAMENTO CONTÁBIL DO ÁGIO E DO DESÁGIO

Art. 6º - O montante do ágio ou do deságio, conforme o caso, resultante da aquisição do controle da companhia aberta que vier a incorporar sua controladora será contabilizado, na incorporadora, da seguinte forma:

I - nas contas representativas dos bens que lhes deram origem - quando o fundamento econômico tiver sido a diferença entre o valor de mercado dos bens e o seu valor contábil (Instrução CVM nº 247/96, art. 14, §1º);

II - em conta específica do ativo imobilizado (ágio) - quando o fundamento econômico tiver sido a aquisição do direito de exploração, concessão ou permissão delegadas pelo Poder Público (Instrução CVM nº 247/96, art. 14, § 2º, alínea b); e

III - em conta específica do ativo diferido (ágio) ou em conta específica de resultado de exercício futuro (deságio) - quando o fundamento econômico tiver sido a expectativa de resultado futuro (Instrução CVM nº 247/96, art. 14, § 2º, alínea a).

§ 1º O registro do ágio referido no inciso I deste artigo terá como contrapartida reserva especial de ágio na incorporação, constante do patrimônio líquido, devendo a companhia observar, relativamente aos registros referidos nos incisos II e III, o seguinte tratamento:

a) constituir provisão, na incorporada, no mínimo, no montante da diferença entre o valor do ágio e do benefício fiscal decorrente da sua amortização, que será apresentada como redução da conta em que o ágio foi registrado;

b) registrar o valor líquido (ágio menos provisão) em contrapartida da conta de reserva referida neste parágrafo;

c) reverter a provisão referida na letra "a" acima para o resultado do período, proporcionalmente à amortização do ágio; e

d) apresentar, para fins de divulgação das demonstrações contábeis, o valor líquido referido na letra "a" no ativo circulante e/ou realizável a longo prazo, conforme a expectativa da sua realização. (Parágrafo com redação dada pela Instrução CVM nº 349, de 06 de março de 2001.)

§ 2º A reserva referida no parágrafo anterior somente poderá ser incorporada ao capital social, na medida da amortização do ágio que lhe deu origem, em proveito de todos os acionistas, excetuado o disposto no art. 7º desta Instrução.

§3º Após a incorporação, o ágio ou o deságio continuará sendo amortizado observando-se, no que couber, as disposições das Instruções CVM nº 247, de 27 de março de 1996, e nº 285, de 31 de julho de 1998.

Na nota explicativa que acompanha a alteração promovida na norma supra pela Instrução CVM nº 349, de 2001, observa-se que:

A Instrução CVM nº 319/99, ao prever que a contrapartida do ágio pudesse ser registrada integralmente em conta de reserva especial (art. 6º, § 1º), acabou possibilitando, nos caso de ágio com fundamento econômico baseado em intangíveis ou em perspectiva de rentabilidade futura, o reconhecimento de um acréscimo patrimonial sem a efetiva substância econômica. A criação de uma sociedade com a única finalidade de servir de veículo para transferir, da controladora original para a controlada, o ágio pago na sua aquisição, acabou por distorcer a figura da incorporação em sua dimensão econômica. Esta distorção ocorre em virtude de que, quando concluído o processo de incorporação da empresa veículo, o investimento e, conseqüentemente, o ágio permanecem inalterados na controladora original.

Por outro lado, a criação da empresa veículo e a transferência, para esta, do investimento original e, também, do ágio permitiram que, através desse modelo de incorporação, houvesse a possibilidade do seu aproveitamento fiscal, fazendo surgir, contabilmente, uma espécie de crédito tributário fundamentado na diminuição futura do imposto de renda e da contribuição social, em virtude da possibilidade da amortização desse ágio. Portanto, esse benefício fiscal é a única parcela do ágio que poderá ser aproveitada na controlada e que tem substância econômica. Essa é também a parcela do ágio que a CVM vem entendendo, conforme estabelecido na Instrução CVM nº 319, que pode ser capitalizada em proveito exclusivo do controlador. E, portanto, somente essa parcela com substância econômica que pode ser considerada um ativo e que poderia vir a ser capitalizada.

Por meio do Ofício-Circular CVM/SNC/SEP nº 01, de 2007, a CVM volta-se a manifestar-se sobre o assunto nestes termos:

20.3 Incorporação Reversa - Instrução CVM nº 349/01 A maioria das operações de incorporação reversa que a CVM tem observado e analisado até o momento inicia-se com a constituição pela controladora de uma empresa "veículo", para onde é transferido, como aporte de capital, o valor do investimento avaliado por equivalência patrimonial acrescido do valor do ágio correspondente. Em seguida, essa empresa "veículo" é incorporada pela investida que deu origem àquele ágio. Esse modelo de incorporação permitiu que houvesse a possibilidade do aproveitamento fiscal do ágio, fazendo surgir, contabilmente, uma espécie de crédito tributário fundamentado na diminuição futura do imposto de renda e da contribuição social, pela possibilidade da amortização desse ágio. Entretanto, esse modelo acabava por distorcer a figura da incorporação em sua real dimensão econômica.

A CVM, com o objetivo de disciplinar melhor essa matéria e de preservar a qualidade das demonstrações contábeis, emitiu a Instrução CVM nº 349/01, determinando que nos casos de incorporação reversa, o ágio com fundamento em perspectiva de rentabilidade ou direito de concessão fosse reconhecido pelo montante do benefício fiscal esperado. Esse reconhecimento se dá pela constituição de provisão, na incorporada, no montante da diferença entre o valor do ágio e o do benefício fiscal decorrente da sua amortização. Não fosse essa determinação, o ágio estaria sendo duplicado sem qualquer fundamento econômico para tal.

Nesse sentido esclarece a Nota Explicativa à Instrução CVM nº 349/01:

"A Instrução CVM nº 319/99, ao prever que a contrapartida do ágio pudesse ser registrada integralmente em conta de reserva especial (art. 6º, §1º), acabou possibilitando, nos caso de ágio com fundamento econômico baseado em intangíveis ou em perspectiva de rentabilidade futura, o reconhecimento de um acréscimo patrimonial sem a efetiva substância econômica. A criação de uma sociedade com a única finalidade de servir de veículo para transferir, da controladora original para

a controlada, o ágio pago na sua aquisição, acabou por distorcer a figura da incorporação em sua dimensão econômica. Esta distorção ocorre em virtude de que, quando concluído o processo de incorporação da empresa veículo, o investimento e, conseqüentemente, o ágio permanecem inalterados na controladora original. (...). Dessa forma, toma-se necessário que, na avaliação do investimento na controladora, sejam recompostos os montantes da equivalência patrimonial e do ágio remanescente". A controladora, nesse caso, é a investidora original, ou seja, aquela que pagou o ágio quando da aquisição do investimento, e que remanesce após a incorporação da empresa "veículo". Dessa forma, as alterações introduzidas pela Instrução CVM nº 349 têm um objetivo pré-determinado: as incorporações mediante criação de empresa "veículo" em que poderia haver o reconhecimento de um ativo e de um aumento patrimonial sem substância econômica.

No entanto, nos casos em que não há a interposição de empresa "veículo", sendo incorporada a investidora original, e em que permaneçam válidos os fundamentos econômicos que deram origem ao ágio, o mesmo deveria ser mantido na sua integralidade e amortizado nas condições e prazos originalmente estabelecidos. Neste caso, a constituição da provisão mencionada na Instrução CVM nº 349 pode ser desnecessária ou mesmo indevida.

Vale ressaltar que a exceção acima mencionada não deve ser entendida de forma generalizada. Podem ocorrer situações em que, mesmo que não tenha sido criada uma empresa "veículo", pode haver o reconhecimento de um ativo e de um aumento patrimonial sem substância econômica, fato que impõe a necessidade de constituição da provisão determinada pela Instrução CVM nº 349/01.

Resumida e simplificada, o que as normas do artigo 6º da Instrução CVM nº 319, de 1999, determinam é que, na hipótese de ágio fundamentado na expectativa de resultados futuros, o valor do ágio registrado na empresa-veículo incorporada seja reduzido, na incorporadora, por uma provisão de valor igual à diferença entre o ágio e o benefício fiscal resultante de sua amortização. Em consequência, para efeitos societários, o que restará de modificação líquida nas demonstrações financeiras da incorporadora reduz-se à suposta vantagem fiscal obtida ou esperada com a operação. É por isso que as empresas que se submetem à determinação da CVM atribuem à provisão em questão o valor equivalente a 66% do ágio. Os outros 34% correspondem à soma da alíquota da CSLL e do IRPJ e ao montante dos tributos que deixaria de ser pago.

Nas justificativas e explicações para a sua determinação, a CVM deixa claro que nas incorporações de empresas-veículos não há substância econômica, a não ser o próprio benefício fiscal esperado pela operação. Mais significativo ainda é que, por meio do Ofício Circular nº 1 CVM/SNC/SEP nº 01, de 2007, a CVM dispensa a constituição da provisão a que se refere o artigo 6º da Instrução CVM nº 319, de 1999, nos casos em que não há a interposição de empresa-veículo, sendo incorporada a investidora original, e em que permaneçam válidos os fundamentos econômicos que deram origem ao ágio. Em tais hipóteses, o ágio deveria ser mantido na sua integralidade e amortizado nas condições e prazos originalmente estabelecidos. Noutras palavras, para a CVM, o fundamento econômico somente se preserva quando a incorporação se dá com a empresa que diretamente adquiriu a participação societária pagando-a com ágio cujo valor fora estimado com base em resultados futuros.

A impugnante afirma que a Lhoist, ao final, sempre teve como objetivo adquirir o controle da Belocal (tanto é assim que, acodadamente, até havia registrado ágio na compra das ações da Belocal antes mesmo que essa compra ocorresse, e

devesse em seu lugar registrar o ágio pago na subscrição de quotas da Call). Mas não explica claramente a motivação por trás do caminho tortuoso trilhado para atingir esse objetivo, que poderia ser alcançado mediante a compra pura e simples da Belocal diretamente do grupo Votorantim. Apesar da complexidade aparente do negócio, contudo, não é difícil cogitar os motivos.

Se tivesse havido a compra direta, ao preço pelo qual a Lhoist subscreveu as novas quotas de capital emitidas pela Call, esta estaria sujeita a pagar IRPJ e CSLL sobre o ganho de capital entre o valor da venda e o valor contábil da participação na Call. Com a operação transmutada em subscrição de novas quotas, o montante pago pela Lhoist ingressou na Cali como aumento de capital, uma parte do qual foi contabilizado como reserva de ágio na subscrição de quotas, sem que se caracterizasse ganho de capital algum. No passo seguinte, com a retirada da Lhoist da sociedade, sendo-lhe dadas em troca as quotas da Belocal, a Call mais uma vez se livrou da tributação sobre ganho de capital, pois se valeu do disposto no artigo 22 da Lei nº 9.249, de 1995, para transferir as quotas da Belocal à Lhoist pelo seu valor contábil.

Com a saída da Lhoist da sociedade, os sócios remanescentes da Call viram o valor da sua participação aumentar, visto que a parte do valor pago pela subscrição e que havia sido contabilizada como reserva de ágio, permaneceu na sociedade e passou a ser compartilhado por um número menor de quotistas, ou o valor patrimonial unitário de suas quotas teve um incremento proporcionalmente equivalente. Entretanto, os controladores da Call, todos integrantes do grupo Votorantim, tampouco sofreram a tributação dos ganhos daí resultantes. Se o investimento na Call é avaliado pelo método de custo, a tributação não tem lugar porque rendimento algum lhes foi distribuído (e se houvesse distribuição, não haveria tributação, visto que os dividendos já não sofrem tributação), nem houve devolução com ganho de capital. Se o investimento na Call é avaliado pelo método da equivalência patrimonial, o que é mais provável, tampouco ocorreu fato gerador da CSLL e do IRPJ. De acordo com os artigos 388 e 389 do RIR 1999 (aos quais correspondem os artigos 21 e 23 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, o aumento do valor da participação deve ser reconhecido nas demonstrações financeiras de seus investidores que devam avaliar suas participações pelo valor do patrimônio líquido. Contudo, a contrapartida desse aumento, que é uma receita, não é computada na determinação do lucro real.

O arranjo permitiu, portanto, que a Call e os seus controladores do grupo Votorantim alienassem as quotas da Belocal ao grupo Lhoist por um valor bem superior ao seu custo sem sofrer a tributação pelo ganho de capital. Todavia, não se deve supor que apenas um dos lados foi beneficiado, pois certamente os termos da negociação seriam outros se uma das partes tivesse de arcar com a tributação sobre os ganhos de capital.

As etapas subsequentes, que consistiram na aquisição do controle da Cananga pela Lhoist, na subscrição de novas quotas, na sua integralização com as quotas da Belocal com suposto ágio e, por fim, na incorporação daquela por esta, tiveram o único propósito de se aproveitar de mais um benefício fiscal, desta feita o concedido pelo artigo 7º da Lei nº 9.532, de 1997. Ou seja, a vingar todo o esquema adotado pela impugnante, a Fazenda Nacional perde duas vezes: quando deixou de tributar o ganho de capital auferido com a alienação da Belocal, e quando é deduzida a amortização do ágio pago nessa aquisição.

Não obstante, em virtude das falhas apontadas até aqui, sobretudo a falta de demonstração válida do fundamento econômico do ágio, a realização de operações

com empresas dependentes uma das outras, e a inexistência de substância econômica e propósito negocial da operação, a impugnante não faz jus ao benefício fiscal pretendido. Mas, há ainda uma outra razão tão relevante quanto essas que torna ilegítima a dedução da amortização e procedente a glosa fiscal. É que os procedimentos adotados pelo grupo Lhoist contrariam a finalidade do benefício concedido pelo artigo 7º da Lei nº 9.532, de 1997.

Convém lembrar que, regra geral, a contrapartida da amortização de ágio pago nas aquisição de participações societárias, qualquer que tenha sido o seu fundamento econômico, caso tenha sido computada na determinação do resultado contábil, deve ser adicionada na apuração do resultado tributável, conforme determinado pelo artigo 25 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977. Ou seja, o princípio adotado pela legislação é que os efeitos fiscais da amortização de ágio devem ser neutros. O mesmo se aplica com respeito aos ganhos ou perdas decorrentes da aplicação do método da equivalência patrimonial, nos termos do artigo 23 do mesmo Decreto-lei nº 1.598, de 1977. O ágio amortizado só será levado em conta, para efeitos fiscais, quando houver a alienação ou liquidação do investimento em coligada ou controlada, uma vez que será computado na determinação de eventual perda ou ganho de capital (artigo 33 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977). Isso, porém, não constitui exceção ao princípio enunciado, pois o ágio, desde que efetivamente pago, representou custo para o alienante e enquanto era amortizado na escrituração contábil não o era na escrituração fiscal. Portanto, a dedução permitida pelo artigo 7º da Lei nº 9.532, de 1997, constitui um desvio do sistema e somente é legítima se atendidos rigorosamente os pressupostos legais.

O caráter anômalo da disposição do artigo 7º fica evidente quando se considera que, havendo a incorporação, seja da controlada pela controladora, seja desta por aquela, o ágio deveria desaparecer do balanço consolidado da entidade resultante da incorporação. E, em realidade, é isso que de fato ocorre. O ágio é necessariamente contabilizado como um desdobramento do valor da aquisição da participação societária. Com a incorporação (e também com a fusão ou a cisão), porém, a participação societária deixa de existir, e com ela deve ser eliminado do balanço o ágio que o acompanha. Da companhia extinta, sobrevivem apenas os elementos de seu patrimônio que foram incorporados ao da companhia resultante. Não é por outra razão que a Instrução Normativa SRF nº 11, de 1999, ao disciplinar a contabilização do ágio a que se refere o artigo 7º da Lei nº 9.532, de 1995, dispõe que, no caso de o fundamento econômico para a aquisição do investimento acima do valor patrimonial ter sido a expectativa de rentabilidade futura, o ágio amortizável deverá ser contabilizado no ativo diferido. Confira-se:

Art.1º - 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, deverá registrar o valor do ágio ou deságio cujo fundamento econômico seja:

(...)

II - Valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros, em contrapartida a conta do ativo diferido, se ágio, ou do passivo, como receita diferida, se deságio.

No ativo diferido, conforme estabelecia a redação do inciso V do artigo 179 da Lei nº 6.404, de 1976, vigente até 31.12.2007, classificavam-se as aplicações de recursos em despesas que contribuirão para a formação do resultado de mais de um exercício social, inclusive os juros pagos ou creditados aos acionistas durante o

período que anteceder o início das operações sociais. Portanto, segundo a legislação tributária, o ágio pago na aquisição de investimentos e que tenha fundamento econômico na expectativa de exercícios futuros tem a natureza de uma despesa ou custo que contribuirá para a formação do resultado de mais de um exercício social. Essa circunstância fornece a chave para o entendimento da motivação e da finalidade da lei ao estabelecer a regra do artigo 7º da Lei nº 9.532, de 1997, bem como quais os requisitos materiais para a sua aplicação. É também importante para entender por que se exige que tais reorganizações societárias tenham substância econômica e propósito negocial.

Esses requisitos são, basicamente, dois. Primeiramente, o pagamento de um ágio na aquisição duma participação societária, em virtude da expectativa de resultados futuros. E em segundo lugar, a reunião, numa só entidade, do patrimônio que pagou o ágio e daquele que vai gerar os resultados futuros, de modo que a despesa paga na obtenção desse potencial de resultados futuros possa ser diretamente confrontada com esses resultados. Por isso, para a lei é indiferente que a controlada seja incorporada pela controladora, ou que ocorra o inverso. O importante é que o patrimônio que pagou pelo ágio e o patrimônio que presumivelmente vai gerar os lucros justificadores desse pagamento estejam reunidos numa mesma entidade. Sem que se observe essa conjunção, não é permitida a dedução da despesa de amortização.

Ricardo Mariz de Oliveira defende de maneira incisiva o argumento desenvolvido no parágrafo precedente nas passagens seguintes, extraídas das páginas 763 e seguintes da obra "Fundamentos do Imposto de Renda" (já citada):

A norma legal contida no artigo 7º e 8º foi promulgada com vistas a facilitar as privatizações levadas a cabo pelo Governo Federal, pois passou a permitir a dedução fiscal de certos ágios antes indedutíveis.

Todavia a norma não se restringiu ao programa de privatização, tendo se estendido a toda e qualquer situação que se subsuma às suas hipóteses fáticas de incidência.

(...)

Uma primeira observação é no sentido de que os art. 7º e 8º não revogaram o disposto no art. 25 do Decreto-lei n. 1598, que continua a vigir e a declarar indedutíveis as amortizações de quaisquer ágios, quaisquer que sejam seus fundamentos econômicos, assim como declara não tributáveis as amortizações de quaisquer deságios, enquanto o respectivo investimento permanecer no ativo permanente da pessoa jurídica adquirente do mesmo.

Destarte, os efeitos fiscais dependem da realização das condições inseridas nos art. 7º e 8º da Lei nº 9.532, que são pressupostos para a dedução dos ágios, nos casos e circunstâncias em que admitida, assim como a tributação dos ágios (deságios).

(...)

Voltando ao primeiro e principal requisito para que a amortização seja dedutível - haver absorção de patrimônio por meio de incorporação, fusão ou cisão - deve-se ter presente que, a despeito da largueza de opções dadas pela Lei n. 9532 para a consecução do seu desiderato, trata-se de condição a ser cumprida em sua substância, e não apenas formalmente, até tendo em vista a continuidade da

vigência da norma de proibição de dedução da amortização se não houver um desses atos, prevista no art. 25 do Decreto-lei n. 1598.

Com razão, a dedução fiscal da amortização é admitida a partir do momento em que "a pessoa jurídica [...] absorver patrimônio de outra", segundo o "caput" do art. 7º, o que deve representar uma ocorrência efetiva. Outrossim, não se trata de absorção de patrimônio de qualquer pessoa jurídica, pois o mesmo dispositivo acrescenta que deve ser a pessoa jurídica "na qual detenha participação societária adquirida com ágio". E, ademais, o dispositivo ainda restringe a forma de absorção, dizendo que ela deve ocorrer "em virtude de incorporação, fusão ou cisão".

Essa disposição legal evidencia acima de qualquer dúvida que a exigência é de reunião total (por incorporação ou fusão) ou parcial (por cisão) da pessoa jurídica investidora e da pessoa jurídica investida.

O art. 8º, letra "b", dá a alternativa de se inverter a ordem, ou seja, trata a absorção da investidora pela investida (a chamada "incorporação para baixo" ou "down stream merger") do mesmo modo que a absorção da investida pela investidora (a "incorporação para cima" ou "up stream merger"), que está prevista no art. 7º.

Seja como for, o relevante para a lei é a substância da reunião das duas (ou mais de duas pessoas jurídicas), por um dos atos jurídicos nos dois artigos.

Esta exigência decorre não apenas da literalidade dos art. 7º e 8º, mas também, e principalmente, do espírito (a "mens legis" ou "ratio legis") da norma por eles veiculada.

Realmente, a racionalidade da norma está em que, por ter havido a reunião da pessoa jurídica a que se refira a expectativa da rentabilidade com a pessoa jurídica pagadora do ágio, este seja deduzido daqueles mesmos lucros esperados ou o mesmo se dê quando o ágio for referente ao valor de mercado dos bens do patrimônio da pessoa jurídica a que se refere a participação adquirida.

O objetivo da norma legal é permitir que o ágio fundado em expectativa de rentabilidade, pago na aquisição de um negócio através da aquisição de participação societária na pessoa jurídica que explore esse negócio, seja lançado contra os lucros desse negócio, de modo a que os tributos devidos sobre tais lucros sejam calculados após a dedução da amortização do ágio.

O espírito dessa norma é inequívoco, pois a lei permite a amortização do ágio quando ele tenha por fundamento econômico a expectativa de lucros futuros daquele negócio, o que bem justifica a consideração do ágio como dedutível na proporção da realização desses lucros, estabelecida na demonstração desse fundamento, e observado o limite máximo anual previsto na lei, embora, como dito, não haja absoluta e mandatária correlação entre as quotas de amortização de cada período-base fiscal e o lucro nele apurado efetivamente (correlação de resto impossível de ser matematicamente determinada).

Por isso mesmo, para que esse objetivo seja atingido, é necessário trazer o lucro para dentro da pessoa jurídica que tenha adquirido a participação societária com a expectativa de rentabilidade do mesmo (situação descrita no art. 7º) ou levar o ágio para dentro da pessoa jurídica produtora do lucro esperado (situação descrita no art. 8º), o que se faz por incorporação ou cisão de uma delas e absorção pela outra. Ou, ainda, o mesmo objetivo pode ser alcançado levando-se o ágio e o

lucro para dentro de uma nova pessoa jurídica, o que se faz por fusão das duas pessoas jurídicas.

(...)

Realmente, os art. 7º e 8º da Lei n. 9532 têm um objetivo - a concessão do benefício de uma dedução especial do ágio - um requisito para tanto, que é a absorção do patrimônio onde esteja o ágio, ou do patrimônio que vai gerar o lucro ao o ágio se refira.

Isso inobstante, após a junção das pessoas jurídicas com os recursos financeiros relativos ao ágio participando do ativo da mesma pessoa jurídica (quando for o caso) poderem eles ser empregados para o pagamento de custo e despesas, o que não se confunde com a natureza do ágio mantido em ativo diferido e com a sua amortização, tanto quanto o capital social e os recursos derivados da sua integralização podem ser usados para pagar custos e despesas, mas não se transformam em custos e despesas.

Portanto, essa norma de concessão do direito à dedução fiscal da amortização é uma norma excepcional, baseada em motivações extra-tributárias de (1) conveniência da política fiscal no sentido de favorecer as privatizações, à época da promulgação da Lei n. 9532, e também de (2) justiça econômica contida na amortização do ágio pago na aquisição do negócio, paulatinamente à geração dos lucros que tenham dado lastro a ele, eis que estes são sujeitos à tributação quando surgidos. Este último dado é que justifica a extensão da norma a quaisquer aquisições, mesmo às feitas fora do programa de privatizações que estava em andamento na data da Lei n. 9532.

O segundo aspecto apresenta-se exatamente a partir do primeiro e da condição legal para a dedução fiscal da amortização (que é a absorção de patrimônio através da incorporação, fusão ou cisão), consistindo na exigência de que a amortização se processe contra os próprios lucros cuja expectativa tenha dado fundamento econômico ao ágio, exigência esta não expressa na lei, mas decorrente de um imperativo lógico que se pode dizer estar implícito na lei.

Realmente, a exigência de incorporação, fusão ou cisão não é uma condição vazia de sentido, que possa ser cumprida apenas formalmente, como, por exemplo, deixar o ágio na investidora e incorporar a ela, por cisão parcial da cindida, uma atividade que não é a geradora de lucro cuja expectativa tenha gerado o lucro.

Destarte, o escopo implícito na lei, ao estabelecer a condição de realização de incorporação, fusão ou cisão, é unir o ágio e os lucros a que ele se refira, numa mesma pessoa jurídica e, portanto, num mesmo lucro tributável. Representando isso o cerne racional da exigência condicional da dedução do ágio, manifesta-se através do requisito da absorção de um patrimônio pelo outro.

Portanto, sem que se opere a junção do patrimônio de quem pagou o ágio com o patrimônio de quem se espera lucros que justifiquem aquele ágio, não se atenderão nem os motivos nem as finalidades do legislador ao instituir, excepcionalmente, a possibilidade de dedução das despesas de amortização do ágio. Daí também se deriva uma das condições para admitir efeitos válidos na área tributária de tais reorganizações societárias: que elas contenham alguma substância econômica e propósito negocial. E o propósito negocial pretendido pelo legislador é a reunião dos patrimônios de quem paga o ágio e de quem gera os lucros que o fundamentaram.

No presente caso, se algum ágio houve, este foi pago concretamente apenas pela Lhoist quando adquiriu diretamente as quotas da Call e indiretamente as quotas da Belocal. Não houve efetivo pagamento de ágio na operação pela qual houve aumento de capital da Cananga e sua integralização mediante entrega das quotas da Belocal, sobretudo quando se tem em mente que o valor das quotas da Belocal, nessa última ocasião, não foi estabelecido por partes independentes entre si. Logo, a reunião da Cananga e da Belocal não cumpriu os objetivos da lei. Em verdade, após a incorporação, o quadro assumiu a mesma configuração que havia antes da breve participação da Cananga nesses episódios. A Lhoist assumiu novamente a condição de proprietária de 100% das quotas da Belocal. E uma vez que tanto a Lhoist quanto a Belocal decidiram seguir as determinações da Instrução CVM nº 319, de 1999 (com as modificações introduzidas pela Instrução CVM nº 349, de 2001), os efeitos líquidos em seus balanços se resumiram ao reconhecimento do benefício fiscal esperado com a operação, equivalente ao IRPJ e CSLL que, presumivelmente, deixaria de ser pago com a amortização gradual do ágio. Em consequência, o patrimônio que pagou pelo ágio e o patrimônio que justificou esse ágio continuam separados. Logo, também por essa razão, a despesa com a amortização do ágio é indedutível.

A impugnante sustenta que caso tivesse havido a incorporação da Belocal pela Lhoist, ou vice-versa, seguida pela criação de uma *holding*, para a qual fossem transferidas as quotas de participação na Belocal, não haveria dúvida de que a amortização do ágio seria dedutível e que, em essência, o resultado final da reorganização societária seria o mesmo.

O argumento, porém, é infundado. Antes de mais nada, porque, como já visto neste voto, existem diversos aspectos e requisitos, não só materiais como formais, que devem ser considerados, além do propósito negocial e da substância econômica da operação.

Em segundo lugar, deve-se ter em mente que é bem mais complexa e onerosa a reorganização societária do qual só participe empresas de existência concreta e que tenham um histórico de atividades operacionais e não operacionais, as quais, por sua vez, se refletem na composição e natureza dos bens, direitos e obrigações integrantes de seu patrimônio. Assim, por exemplo, o artigo 33 do Decreto-lei nº 2.341, de 1987, veda a compensação de prejuízos fiscais da pessoa jurídica incorporada pela pessoa jurídica incorporadora. Por outro lado, é certo que a sucessora herda as obrigações tributárias, trabalhistas e previdenciárias da sucedida. No caso de haver sócios minoritários, a definição de sua participação e direitos na sociedade sucessora é frequentemente fonte de trabalhosas e problemáticas negociações. Em geral, não se deparará com empecilhos de tal ordem quando a empresa que será absorvida tiver uma existência meramente formal, a exemplo das assim chamadas empresas-veículo ou de prateleira. Dessa maneira, não está fora de cogitação inferir que o legislador, ao permitir a amortização do ágio, também tinha em mente proporcionar uma espécie de incentivo para que ocorressem as aquisições com ágio e a subsequente junção patrimonial, a despeito dos custos inerentes a esse tipo de operações. Principalmente se se recordar que, quando a Lei nº 9.532, de 1997, foi editada, muitas das empresas estatais incluídas no programa federal de privatizações eram altamente deficitárias, com um longo histórico de prejuízos e enormes passivos decorrentes de disputas trabalhistas. Era do interesse da União não só arrecadar recursos com a venda dessas empresas mas também permitir que os seus compradores as saneassem, e aprimorassem sua administração, pois elas prestavam serviços públicos essenciais. Isso, não raro, exigia que se realizasse a fusão, incorporação ou cisão da empresa adquirida. Daí o estímulo para que houvesse a reorganização societária.

Na operação ora em discussão, porém, não houve nenhuma reorganização societária efetiva. Se, por outro lado, se uma das alternativas propostas pela impugnante tivesse sido levada a cabo, ainda assim a fusão ou incorporação que envolvesse a Belocal e a Lhoist implicaria a junção de patrimônios concretos, com reflexos sobre todas as obrigações e direitos legais e contratuais que suas atividades haviam produzido até então.

Por conseguinte, cumprir (cumpre) manter integralmente a glosa fiscal das despesas de amortização discutidas nesta subseção, assim como as exigências fiscais correlatas.

O pronunciamento da Turma Julgadora de primeiro grau, além de representar peça robusta de confirmação da procedência da glosa perpetrada pela Fiscalização, permite, também, afastar, em sua totalidade, a alegação da Recorrente de que houve inovação de fundamentos em relação aos que foram originalmente declinados nas peças acusatórias.

Para relembrar, a Recorrente enumerou fundamentos que, segundo ela, foram utilizados pela autoridade julgadora de primeira instância para considerar procedentes os lançamentos tributários. Entre tais fundamentos, citou: iii) valendo-se do princípio contábil da “oportunidade”, o registro do patrimônio e de suas manifestações deve ser feito de imediato e com a extensão correta, independentemente das causas que a originaram; iv) o relatório de avaliação elaborado pela KPMG seria falho, pois suporta a fundamentação econômica do ágio pago pela LDB pela BELOCAL, operação essa que nunca ocorreu, pois a LDB adquiriu a CALL e não a Recorrente; v) inexistência de laudo de avaliação detido pela CANANGA que justificasse a fundamentação econômica do ágio relativo ao seu investimento na BELOCAL; e vi) o termo de sete anos para a amortização fiscal do ágio pela Recorrente seria irregular, na medida em que o laudo de avaliação da KPMG refletiria um período de amortização equivalente a nove anos e quatro meses. Sustenta que as alegações de “iii” a “vi”, antes referenciadas, nunca foram objeto de questionamentos pela Fiscalização, motivo pelo qual seriam nulas, devendo ser desconsideradas por este Colegiado.

Relativamente ao item “iii” acima, já restou demonstrado que a peça acusação tratou da questão descrita.

Quanto aos demais itens, resta evidente que aquilo que a Recorrente denomina “inovação” nada mais é do que resposta fundamentada aos próprios argumentos trazidos por meio da peça impugnatória. Descabe, portanto, falar-se em nulidade, seja da decisão recorrida como um todo, seja dos fundamentos utilizados para refutar as alegações constantes na defesa inaugural. Não obstante a evidência do que ora se afirma, abordo, a título de ilustração, a questão relacionada ao prazo de amortização da despesa de ágio.

Nos itens 113 e 114 da peça recursal, a contribuinte argumenta, *in verbis*:

113. Também não merece qualquer consideração a alegação das D.D. Autoridades Julgadoras de que o período de amortização do ágio pela Recorrente seria irregular, na medida em que o laudo de avaliação da KPMG refletiria um período de amortização equivalente a nove anos e quatro meses.

114. Essa alegação, além de ser nula (fato novo em relação aos Autos de Infração), é incorreta e, em nenhum momento, encontra respaldo no laudo de avaliação preparado pela KPMG. Com isso, resta evidenciado o total despreparo das D.D. Autoridades Julgadoras para aferir a validade do laudo de avaliação da Belocal e, por conseguinte, o prazo de amortização fiscal do ágio pela Recorrente.

Os fragmentos do voto condutor da decisão atacada, que abaixo reproduzo mais uma vez, deixam claro que a introdução da análise acerca do prazo de amortização da despesa se deu exclusivamente em resposta a argumento trazido pela contribuinte por meio da peça impugnatória, senão vejamos:

[...]

A impugnante argumenta que constitui prova de que a Belocal sempre adotou as melhores práticas fiscais e contábeis e de que nunca agiu de forma que violasse a legislação o fato de ter decidido amortizar o ágio em questão em sete anos, ao passo que a legislação lhe permitiria fazê-lo em cinco anos.

Todavia, o argumento é equivocado. O artigo 7º, inciso III, da Lei nº 9.532, de 1997, estabelece que o ágio poderá ser amortizado à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração. Os cinco anos, portanto, é o período mínimo, isto é, sob qualquer circunstância, a amortização não pode levar menos de cinco anos. Mas isso não significa que o contribuinte tem sempre direito a amortizar em cinco anos, sem nenhum critério nem justificativa. Em verdade, **a amortização deverá ser feita ao longo de todo o período computado na avaliação de seu valor com base em resultados futuros, isto é, deverá estender-se por tantos anos quantos foram os levados em conta na estimativa do valor da empresa com base em resultados futuros.** Realmente, se o ágio é fundamentado na expectativa de resultados futuros, a amortização deve ser confrontada com esses resultados e efetuada à medida que eles vão se realizando. No caso das companhias abertas, existe norma expressa que estabelece tal critério, a saber, o artigo 14 da Instrução CVM nº 247, de 1996 (com a redação dada pela Instrução CVM nº 285, de 1998). Confira-se sua redação (sem grifos no original):

[...]

Na página 176 da obra Manual de Contabilidade das Sociedades por Ações (edição já citada) encontra-se orientação semelhante, abaixo transcrita.

[...]

É da mesma opinião Ricardo Mariz de Oliveira, pois observa na página 765 de sua obra já citada:

[...]

Se, como postula a impugnante, fosse admitido como demonstração válida do fundamento do ágio o documento elaborado pela KPMG, o período de amortização do ágio devia estender-se pelo número de anos levados em consideração no cálculo do valor da Belocal. Verifica-se, a folhas 653, que foram computados os resultados futuros de nove anos inteiros, de 2005 a 2013, mais o último quadrimestre de 2004. Logo, o ágio em questão não poderia ter sido amortizado em período inferior a esses nove anos e quatro meses. Uma vez que a Belocal vem fazendo como se esse ágio pudesse exaurir-se em sete anos, a periodicidade adotada é irregular. Note-se que a impugnante não apresenta nenhuma explicação para a adoção de sete anos como parâmetro.

Em verdade, ressalve-se, ainda que o relatório tivesse avaliado o valor da empresa com base no resultado esperado de sete anos vindouros, nenhum valor poderia ser deduzido como despesa pelas demais razões expostas neste voto.

(OS GRIFOS NÃO SÃO DO ORIGINAL)

Quanto aos argumentos, em si, trazidos pela Recorrente, destaco que, apesar de falar em ausência de respaldo no laudo de avaliação e despreparo das Autoridades Julgadoras, ela não traz um único elemento para contraditar a conclusão extraída das fls. 653 do processo, bem como acerca dos fundamentos normativos e doutrinários esposados na decisão. Na linha do suscitado no ato recorrido, nem mesmo a explicação acerca da utilização do prazo de amortização de sete anos restou explicado nas peças de defesa apresentadas.

Afirma a Recorrente: *“valendo-se de uma interpretação tendenciosa do art. 7º da Lei 9.532/97 e de trechos isolados da doutrina, estes somente em relação às partes que supostamente seriam favoráveis para corroborar a sua arguição, as D.D. Autoridades Julgadoras alegam que a dedução da amortização fiscal do ágio está condicionada à união em uma mesma entidade do patrimônio que pagou pelo ágio e o patrimônio que presumivelmente vai gerar os lucros justificadores, condição essa que não teria sido atendida no caso concreto.”*

Aqui, transparece mais uma vez a linha de argumentação escolhida pela Recorrente no sentido de criticar (algumas vezes de forma inadequada) o pronunciamento feito em primeira instância, sem, contudo, reunir elementos ou alegações capazes de contraditá-lo.

Com efeito, o excerto acima reproduzido fala em “interpretação tendenciosa”, “trechos isolados da doutrina”, “partes que supostamente seriam favoráveis para corroborar a sua arguição”, porém, não cuida de apontar, na decisão recorrida, cada uma dessas situações, bem como de declinar argumentos no sentido de demonstrar a improcedência do entendimento esposado no ato decisório guerreado.

Nesse contexto, a argumentação revela-se, com o devido respeito, vazia, desprovida de substância, constituindo, assim, mera retórica.

Adiante, sustentando que *“não há que falar em utilização de empresa veículo no caso concreto, tampouco em ausência de finalidade comercial ou substância econômica na operação de reorganização societária levada a cabo pelo grupo Lhoist no Brasil, envolvendo a LDB, BELOCAL e CANANGA*, a Recorrente escuda-se, mais uma vez, no posicionamento adotado por esta Turma Julgadora no denominado “caso TELEMAR” (acórdão nº 1301-000.711), que, como já dito, em virtude de suas especificidades, não pode ser aplicado à presente situação.

Tenho, pois, com base nos argumentos expendidos, inclusive os extraídos do voto condutor da decisão exarada em primeiro grau, pela procedência da glosa promovida pela Fiscalização.

CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO

No que diz respeito à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, tenho me pronunciado no sentido de que o ato legal autorizador da dedução (inciso III, do art. 7º, da Lei nº 9.532/97) não alcança a referida exação, isto é, a faculdade de amortização refere-se à apuração do lucro real.

Assim, ainda que se admitisse, no presente caso, a amortização pretendida pela fiscalizada, ela só seria possível na determinação da base de cálculo do imposto de renda.

Considerada procedente a glosa efetuada em sede de procedimento de ofício, descabe falar em afastamento da multa de ofício lançada.

No que tange à multa isolada, não se pode deixar de admitir que a questão da sua aplicação nas circunstâncias versadas nos presentes autos constitui matéria controversa no âmbito deste Colegiado.

Não obstante, alinho-me ao entendimento de que os óbices apontados pela Recorrente nas suas peças de defesa não encontram ressonância na legislação de regência.

Com efeito, inexistente na legislação referenciada a condição explicitada pela Recorrente, isto é, o diploma legal instituidor da sanção administrativa, ao descrever as situações motivadoras da aplicação da penalidade, não fez menção à circunstância de que, encerrado o período de apuração, a multa isolada não poderia ser aplicada. Destaco que a norma impositiva estabelece, de forma expressa, que, ainda que se tenha apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa, a penalidade deve ser aplicada, bastando para tanto que o sujeito passivo tenha incorrido na sua hipótese de incidência, qual seja, deixar de ter efetuado o recolhimento mensal incidente sobre a base de cálculo estimada.

A conclusão, pois, dirige-se no sentido de que o requisito condicionador da aplicação da penalidade indicado pela Recorrente decorre de exercício de interpretação da norma sancionadora que, a meu ver, não pode ser recepcionado, sob pena de violação ao disposto no art. 97 do Código Tributário Nacional.

Filio-me, também, ao entendimento de que inexistente duplicidade de incidência sobre um mesmo fato (concomitância), pois, na situação sob análise, estamos diante de duas infrações distintas, quais sejam: a) glosa de despesa; e b) falta de recolhimento das antecipações obrigatórias (estimativas).

A meu ver, a norma legal aplicada (art. 44 da Lei nº. 9.430/96) revela obrigações distintas que, uma vez inobservadas, podem ensejar a aplicação da sanção. A primeira, consubstanciada no dever de recolher o tributo e a contribuição com base em estimativa a que se submetem as pessoas jurídicas que, por opção, apuram o resultado tributável anualmente. A segunda, decorrente da opção em questão, surge em consequência da eventual apuração de saldo positivo no resultado tributável anual.

Tenho que o fato de as infrações terem sido apuradas por meio de um mesmo procedimento revela, apenas, concomitância de verificação das irregularidades, não constituindo, contudo, causa capaz de fazer desaparecer a infração antes cometida.

Relativamente à utilização da taxa selic, como é cediço, a questão já se encontra pacificada no âmbito deste Colegiado, conforme súmula nº 4 abaixo transcrita, que, em virtude do disposto no parágrafo 4º do art. 72 do Regimento Interno (ANEXO II), deve ser adotada obrigatoriamente pelos membros do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais.

Súmula CARF nº 4: A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

Assim, considerado tudo que do processo consta, conduzo meu voto no sentido de **NEGAR PROVIMENTO ao recurso**.

Processo nº 13609.001447/2010-89
Acórdão n.º **1301-001.309**

S1-C3T1
Fl. 1.395

“documento assinado digitalmente”

Wilson Fernandes Guimarães - Relator

CÓPIA

Voto Vencedor

Conselheiro Edwal Casoni de Paula Fernandes Jr., Relator Designado

Assiste razão à contribuinte em contestar a aplicação concomitante da multa por falta de recolhimento do IRPJ e da CSLL por estimativa com a multa de lançamento de ofício, uma vez que a duplicidade de imposição caracteriza dupla penalização. Não se pode acolher a aplicação em duplicidade de penalidade de ofício sobre uma mesma infração, tendo em vista que o valor da contribuição tanto fez parte do crédito tributário lançado de ofício e sobre o qual incidiu a multa, bem como foi utilizado a título de base de cálculo da multa isolada por falta de recolhimento da estimativa.

O artigo 44 da Lei nº 9.430/96, ao especificar as multas aplicáveis nos casos de lançamento de ofício, no seu inciso IV, prevê a cobrança da referida multa, isoladamente, no caso em que o contribuinte deixe de efetuar os recolhimentos por estimativa. Ainda, a legislação autoriza a cobrança de tal multa, isoladamente, quando em procedimento fiscal verificar-se a falta do recolhimento da estimativa e quando não houver imposto a ser cobrado pelo fato da contribuinte ter apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido. Nesse sentido, o inciso V do parágrafo 4º da Lei nº 9.430/96 estabelece a aplicação da multa isolada na hipótese de falta de recolhimento do IRPJ e da CSLL declarada e não recolhida.

Admitir a aplicação da multa de ofício cumulativamente com a multa isolada, pela falta de recolhimento da estimativa sobre os valores apurados em procedimento fiscal, significaria admitir que, sobre o imposto apurado de ofício, se aplicassem duas punições, atingindo valores superiores ao das penalidades cominadas para faltas qualificadas. Tal penalidade seria desproporcional ao proveito obtido com a falta.

Além do mais, transpondo-se para o Direito Tributário, tendo em vista as disposições do artigo 112 do CTN, haja vista a sua semelhança com o Direito Penal em relação aos bens de interesse público protegidos por ambos, as disposições do artigo 70 do Código Penal, conclui-se que, quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes idênticos ou não, aplica-lhes a mais grave das penas cabíveis, ou se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade.

Ora, a legislação tributária nem mesmo permite a aplicação concomitante da multa de mora com a multa de ofício que é muito menos onerosa. Por decorrência deve ser cancelada a multa por falta de recolhimento da estimativa.

Trata-se de tema já pacificado nesta Câmara Superior, conforme se constata dos julgados a seguir transcritos por suas ementas:

Acórdão 91010.375, de 01/10/2009:

IRPJ, MULTA ISOLADA Incabível a aplicação concomitante de multa isolada por falta de recolhimento de estimativas no curso

do período de apuração e de ofício pela falta de pagamento do **tributo apurado no balanço** Acórdão 910100.430, de 03/11/2009, de idêntico teor aos Acórdãos n.ºs, 910100.500 de 25/01/2010; 910100.501 de 25/01/2010; 910100.502 de 25/01/2010; 910101.193, de 17/10/2011; 9101001.261, de 22/11/2011; 9101001.307, de 24/04/2012; 910101.455 de 15 de agosto de 2012:

IRPJ. RECOLHIMENTO POR ESTIMATIVA. MULTA

ISOLADA. CONCOMITÂNCIA. Incabível a aplicação concomitante de multa isolada por falta de recolhimento de estimativas no curso do período de apuração e de ofício pela falta de pagamento de tributo apurado no balanço. A infração relativa ao não recolhimento da estimativa mensal caracteriza etapa preparatória do ato de reduzir o imposto no final do ano.

Pelo critério da consunção, a primeira conduta é meio de execução da segunda. O bem jurídico mais importante é sem dúvida a efetivação da arrecadação tributária, atendida pelo recolhimento do tributo apurado ao fim do ano-calendário, e o bem jurídico de relevância secundária é a antecipação do fluxo de caixa do governo, representada pelo dever de antecipar essa mesma arrecadação. **9101000.844**, de 22/02/2011 (de idêntico teor: Acórdãos 910101.237, de 21/11/2011; 910101.246, de 22/11/2011)

FALTA DE RECOLHIMENTO POR ESTIMATIVA. MULTA ISOLADA. NÃO INCIDÊNCIA. CONCOMITÂNCIA COM A MULTA DE OFÍCIO. A multa isolada por falta de recolhimento de CSLL sobre base de cálculo mensal estimada não pode ser aplicada cumulativamente com a multa de lançamento de ofício prevista no art. 44, inciso I, da Lei nº 9.430/1996.

No curso do período de apuração, descumprido o dever de antecipar, incide a penalidade sobre as estimativas não recolhidas. Porém, após o encerramento do período, quando já não existe mais o dever de antecipar, mas sim é unicamente o de promover o ajuste pelo confronto entre o valor devido efetivamente e os valores recolhidos na forma estimada, incide tão somente a multa de ofício proporcional ao imposto que está sendo exigido.

Pelo exposto voto no sentido de cancelar a multa isolada.

Sala das Sessões, em 05 de novembro de 2013.

(assinado digitalmente)

Edwal Casoni de Paula Fernandes Junior.

Processo nº 13609.001447/2010-89
Acórdão n.º **1301-001.309**

S1-C3T1
Fl. 1.398

CÓPIA