



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

Processo n° 15504.726513/2011-10
Recurso n° De Ofício e Voluntário
Acórdão n° 1302-001.465 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 30 de julho de 2014
Matéria IRPJ e CSLL
Recorrentes Magnesita Refratários S.A.
 Fazenda Nacional

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2008, 2009

ÁGIO. AQUISIÇÃO DE AÇÕES DA PARTIMAG E DA MAGNESITA .

A legislação fiscal não impõe forma ao demonstrativo de que trata o § 3º do art. 20 do DL 1598/77, logo, se os autuantes não questionaram a substância econômica do demonstrativo apresentado pelo fiscalizado, há que aceitá-lo para a fundamentação e fixação do ágio pago nas aquisições das ações.

ÁGIO. AQUISIÇÃO DE AÇÕES EM OFERTA PÚBLICA DE AÇÕES.

À época, o ágio por expectativa de rentabilidade futura não era residual, de forma que, se, por um lado, a incorporada podia ser avaliada a valor contábil ou de mercado, por outro, a legislação exigia a demonstração da rentabilidade futura. O simples fato de ter sido pago valor superior ao valor patrimonial da ação não podia ser tomado como ágio por expectativa de rentabilidade futura, mas tão-somente o valor suportado por laudo que demonstrasse o fundamento.

ÁGIO. AQUISIÇÕES DE AÇÕES GRAVADAS COM CLÁUSULA DE INALIENABILIDADE. FINOR. CONDIÇÃO SUSPENSIVA.

Subordinando-se a eficácia do negócio jurídico à condição suspensiva, enquanto esta não se verificar, não se terá adquirido o direito, a que ela visa.

ÁGIO. AQUISIÇÃO DA REARDEN. OPERAÇÃO CASA-SEPARA. SIMULAÇÃO.

A descrição das condutas praticadas pela recorrente e a dinâmica dos fatos deixam clara a simulação de atos para gerar ágio e dissimular tanto o ganho de capital como o verdadeiro custo da operação.

MULTA QUALIFICADA. OPERAÇÃO CASA-SEPARA. SIMULAÇÃO FRAUDULENTA.

A simulação fraudulenta praticada pela recorrente leva à qualificação da multa por força do disposto no art. 72 da Lei 4502/64.

CONCOMITÂNCIA. MULTA ISOLADA.

A multa isolada pune o contribuinte que não observa a obrigação legal de antecipar o tributo sobre a base estimada ou levantar o balanço de suspensão, logo, conduta diferente daquela punível com a multa de ofício proporcional, a qual é devida pela ofensa ao direito subjetivo de crédito da Fazenda Nacional. JURIS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO.

A melhor exegese do caput do art. 30 da Lei nº 10.522/02 leva à conclusão de que tal dispositivo é aplicável aos débitos de qualquer natureza para com a Fazenda Nacional e os decorrentes de contribuições arrecadadas pela União. TRIBUTAÇÃO REFLEXA.CSSL.

Tratando-se da mesma situação fática e do mesmo conjunto probatório, a decisão prolatada quanto ao lançamento do IRPJ é aplicável, *mutatis mutandis*, ao lançamento da CSSL.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, : a) por maioria, dar provimento ao recurso voluntário no ponto relativo ao ágio nas aquisições das ações da Partimag e da Magnesita (pertencentes a pessoas físicas), restando prejudicado o recurso de ofício neste ponto. Vencido o Conselheiro Eduardo Andrade, que negava provimento ao recurso voluntário; b) por maioria, negar provimento aos recursos de ofício e voluntário no ponto relativo ao ágio nas aquisições das ações em oferta pública de ações, vencidos os Conselheiro Relator, Guilherme Pollastri, e Hélio Araújo; c) por maioria, negar provimento ao recurso voluntário no ponto relativo ao ágio nas aquisições das ações gravadas com cláusulas de inalienabilidade (FINOR), vencido o Conselheiro Relator; d) por voto de qualidade, negar provimento ao recurso voluntário no ponto relativo aos ágios aproveitados após a incorporação da EDRJ91 Participações Ltda, vencidos os Conselheiros Relator Guilherme Pollastri, Márcio Frizzo e Hélio Araújo; e) por maioria, negar provimento ao recurso voluntário no ponto relativo ao aproveitamento do ágio após a incorporação da Mukden Participações Ltda., vencidos os Conselheiros Guilherme Pollastri e Hélio Araújo; f) por voto de qualidade, negar provimento ao recurso voluntário nos pontos relativos às multas qualificadas e isoladas e aos juros sobre multa, vencidos os Conselheiros Relator Guilherme Pollastri, Márcio Frizzo e Hélio Araújo. Nos pontos em que o Conselheiro Relator ficou vencido, foi designado redator do voto vencedor o Conselheiro Alberto Pinto.

ALBERTO PINTO SOUZA JUNIOR – Presidente e Redator designado.

GUILHERME POLLASTRI GOMES DA SILVA - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: : Waldir Veiga Rocha, Marcio Rodrigo Frizzo, Guilherme Pollastri Gomes da Silva, Eduardo de Andrade, Helio Eduardo de Paiva Araujo e Alberto Pinto Souza Junior.

Relatório

Contra o Contribuinte, foram lavrados Autos de Infração de IRPJ e CSLL, nos valores de R\$ 166.528.471,22 e R\$ 57.703,52, respectivamente, cumulados com multa de ofício de 75% e 150%, multa isolada e juros de mora, nos anos de 2008 e 2009.

O TVF de fls. 50/105 em síntese, afirma que:

- que a fiscalizada é uma companhia aberta que apurou em DIPJ em 2008 e 2009 seu resultado pelo Lucro Real pelo Regime Tributário de Transição – RTT e que realiza pesquisas, lavra, beneficiamento, aproveitamento comercial e industrial de minérios, para fins de fabricação de materiais refratários capazes de manter sua resistência a altas temperaturas.

HISTÓRICO E CRONOLOGIA DOS FATOS RELATIVOS À MAGNESITA

Conforme Assembléia Geral Extraordinária realizada em 11/12/2006, a Itarema Participações S/A (posteriormente denominada BR Properties S/A), teve sua cisão parcial aprovada com versão de parte de seu patrimônio cindido para quatro novas sociedades anônimas. Uma delas, a empresa Sibaúma Participações S/A, com a conseqüente atribuição de novas ações aos acionistas da Sibaúma na mesma proporção das ações detidas por eles no capital da BR Properties.

No mesmo documento consta a informação de que apesar de a Sibaúma consistir em uma companhia pré-operacional não estaria sendo apresentado à Comissão de Valores Mobiliários estudo de viabilidade econômico-financeiro, tendo em vista que a empresa ainda não possuía projetos.

O capital social da Sibaúma era de R\$ 300,00 representadas por 300 ações nominativas, sendo 150 preferenciais, ao preço de R\$1,00 cada ação, divididas na mesma proporção dos acionistas da sociedade cindida.

A composição societária da Sibaúma era a seguinte:

GP Investimentos S/A - 99,00%

Antônio Carlos A. R. Bonchristiano - 0,33%

Eduardo Refinetti Guardia - 0,33%

Carlos Medeiros Silva Neto - 0,33%

Conforme Art. 3º. do Estatuto Social a Sibaúma tinha como objeto social a participação em outras sociedades ou em consórcios, no país ou no exterior.

Conforme Protocolo e Justificação de cisão parcial o objetivo da cisão era reestruturação societária da Itarema visando segmentar seus investimentos e proporcionar maior eficiência operacional sem que isso importasse em descontinuidade de suas atividades.

Formalizada a cisão tiveram origem quatro novas empresas:

a) Sagi Participações S/A

b) Sahy Participações S/A

- c) Setiba Participações S/A e
- d) Sibaúma Participações S/A

A novas empresas foram constituídas com capital social de R\$ 300,00 vertidos através de contas correntes bancárias em instituições financeiras.

Em 06/08/2007 foi alterada a denominação social da Companhia Sibaúma Participações S/A para Rpar Holding S/A sendo convertidas as 150 ações preferenciais em ordinárias, ficando o capital social constituído por 300 ações ordinárias de valor unitário R\$1,00.

- RPAR HOLDING S/A.

Em Assembléia realizada em 30/08/2007 aprovou-se o aumento de capital de R\$ 300,00 para R\$ 719.000.000,00, com emissão de 718.999.700 novas ações ordinária nominativas e sem valor nominal, ao preço de emissão de R\$1,00, cada.

Os então acionistas renunciaram ao direito de preferência e as novas ações foram subscritas por: Alumina Holdings-LLC, GPCP4 – Fundo de Investimento em Participações, GIF-II Fundo de Investimento em Participações e GIF Mining Holdings, LLC.

- Também, nessa AGE, aprovou-se e ratificou-se a celebração em 12/08/2007 do “Share Purchase Agreement” e do contrato epistolar denominado “Offer”, celebrados com:

- Eduardo Carlos Guimarães
- Humberto Paulo Guimarães
- Marco Antônio Guimarães
- Sandra Maria Guimarães
- Rosana Maria Guimarães
- Plínio Orsi de Sá
- Ana Flávia de Guimarães de Sá Rego
- Patrícia Guimarães de Sá
- Rafael Guimarães de Sá, e
- Anísia Aparecida Cavanelas Guimarães

O objeto do mencionado contrato era a aquisição de participação direta e indireta na Magnesita S/A, de 70,7% do seu capital votante e 3,1% das ações preferenciais, totalizando 38,6% do seu capital social.

O objetivo do aumento de capital para R\$ 719.000.000,00 era a aquisição do controle acionário da Magnesita S/A pela Rpar Holding: (a) diretamente, com a compra das ações ordinárias e preferenciais das mencionadas pessoas físicas; e, (b) indiretamente, pela aquisição de 100% da empresa Partimag S/A que, tinha como principal ativo 30,24% das ações da Magnesita S/A.

A Partimag S/A, no momento de sua venda, tinha como sócios Eduardo Carlos Guimarães, Humberto Paulo Guimarães, Marco Antônio Guimarães, Sandra Maria Guimarães, Rosana Maria Pentagna Guimarães Paez e Plínio Orsi de Sá.

A operação de aquisição do controle acionário da Magnesita S/A, pela Rpar Holding S/A, completou-se em 27/09/2007.

Foram adquiridas ações ordinárias e preferenciais das pessoas físicas já mencionadas no valor total de R\$ 243.214.629,64 representando 8,21% do total de ações de emissão da Magnesita S/A e 100% das ações de Partimag S/A, que detinha 30,24% da Magnesita S/A, por R\$ 991.560.726,78. Após estas operações a Rpar Holding S/A passou a deter a maioria do capital social votante da Magnesita S/A.

Segundo as “Notas Explicativas da Administração às Demonstrações Financeiras dos Exercícios findos em 31 de Dezembro de 2007 e 2006”, publicada no dia 09/02/2008 a RPAR Holding S/A, adquiriu o controle da Magnesita S/A, com participação direta e indireta de 70,7% do seu capital votante e 3,1% das ações preferenciais, totalizando 38,6% do capital social da Magnesita S/A. O fechamento do contrato ocorreu em 27/09/2007, após a verificação das condições suspensivas constantes no contrato de compra e venda. O preço de aquisição foi de R\$ 1.239.100.000, o que correspondeu a R\$ 77,00 por lote de mil ações ordinárias e R\$ 34,00 por lote de mil ações preferenciais das classes "A" e "C" de emissão da Magnesita S/A .

Em dezembro de 2007, a Rpar Holding S/A dando continuidade ao processo de aquisição de ações da Magnesita S/A adquiriu por meio de Oferta Pública de Aquisição de Ações (OPA), 3.328.645.842 ações preferenciais Classes "A" e "C" representando 7,82% da totalidade das ações de emissão de Magnesita S/A mediante pagamento de R\$149.878.936,23.

Após estas operações, a Rpar Holding S/A, no final de 2007, passou a ter direta e indiretamente 70,45% das ações ordinárias, 20,21% das preferenciais classe “A” e 0,15 das preferenciais classe “C”.

- ÁGIO APURADO PELA RPAR NA COMPRA DAS AÇÕES DA MAGNESITA E PARTIMAG.

Nas operações de aquisição do controle acionário da Magnesita, realizadas de forma direta e indireta (através da Patimag S/A) bem como através das OPA's, a Rpar contabilizou em 2007, um ágio no valor total de R\$ 1.001.251.423,00, assim composto:

- a) Ágio na aquisição das ações da Partimag S/A – R\$ 747.396.355,00;
- b) Ágio na aquisição das ações das Pessoas Físicas – R\$ 172.539.606,00;
- c) Ágio na aquisição das ações adquiridas na Bovespa via OPA's – R\$ 81.315.462,00.

Em janeiro e março de 2008, o ágio contabilizado pela Rpar Holding S/A relativo as ações adquiridas via OPA's e decorrentes de conversão de ações – FINOR foi de R\$315.257.350,00, assim composto:

- d) Ágio na aquisição das ações PN adquiridas na Bovespa via OPA's – R\$ 73.263.718,00;
- e) Ágio na aquisição das ações ON adquiridas na Bovespa via OPA's – R\$ 238.267.579,00;
- f) Ágio decorrente da conversão de ações – FINOR – R\$3.726.053,00.

A apuração do ágio foi contabilizada pela diferença entre os valores pagos nas diversas operações e seus valores patrimoniais da seguinte forma:

- a) Valores pagos: R\$ 991.560.727,00 - Valor Patrimonial: R\$ 244.164.372,00;
- b) Valores pagos: R\$ 243.214.630,00 - Valor Patrimonial: R\$ 70.675.024,00;
- c) Valores pagos: R\$ 149.878.936,00 - Valor Patrimonial: R\$ 68.563.474,00;
- d) Valores pagos: R\$ 132.188.625,00 - Valor Patrimonial: R\$ 58.924.907,00;
- e) Valores pagos: R\$ 347.416.590,00 - Valor Patrimonial: R\$109.149.011,00;
- f) Valores pagos: R\$5.292.123,00 - Valor Patrimonial: R\$1.566.070,00

Com relação à amortização do ágio, em 2007 a Rpar contabilizou R\$ 23.224.275,00 a este título, ficando o saldo de R\$ 1.001.251.423,00, reduzido para R\$ 978.027.148,00. O valor amortizado foi adicionado ao Lucro Líquido na apuração do Lucro Real, em consonância com a legislação.

Intimada, a empresa respondeu que o ágio “... *está fundamentado na expectativa de rentabilidade futura das sociedades adquiridas*” e apresentou um documento denominado “Relatório de Avaliação” da Magnesita S/A que contém logomarca do Banco ABN AMRO Real S/A, porém sem assinatura, sem o nome das pessoas responsáveis por sua elaboração e ainda sem uma data específica, limitandose a informar “Agosto 2007”, na primeira folha do referido Relatório.

Constatou a fiscalização que na DIPJ de 2007, o valor da amortização do ágio foi adicionado ao lucro líquido na apuração do lucro real em consonância com a legislação.

- INCORPORAÇÃO DA MAGNESITA S/A E PARTIMAG S/A PELA RPAR HOLDING S/A E POSTERIOR ALTERAÇÃO DA DENOMINAÇÃO SOCIAL DA RPAR HOLDING S/A PARA MAGNESITA REFRAATÓRIOS (MRSA).

No dia 01/02/2008, foi assinado o Protocolo e Justificação de Incorporação da Magnesita S/A e Partimag S/A pela Rpar Holding. A Rpar que já detinha 38,64% do capital social total da Magnesita S/A por ocasião da aquisição do controle em 27/09/2007 e após aquisição de novas ações ordinárias e preferenciais resolve implementar uma reorganização societária sendo que um dos principais motivos mencionados no Protocolo era o de "proporcionar benefícios financeiros para a Incorporadora, e, conseqüentemente, para seus acionistas, especialmente no que diz respeito ao aproveitamento fiscal do ágio pago pela Rpar na aquisição do seu investimento na Magnesita (o "Agio"), reiterando que a reorganização societária envolvendo a Rpar, Magnesita e Partimag, na forma contemplada por este instrumento, permitirá a amortização, para fins fiscais, do ágio hoje contabilizado na Rpar relativamente a seu investimento na Magnesita.

Em 21/02/2008 o referido Protocolo foi aprovado em AGE e em 17/03/2008 através de AGO e AGE foi aprovada a alteração da denominação social da Companhia de Rpar Holding S/A para MAGNESITA REFRAATÓRIOS S/A.

O objetivo do aproveitamento do ágio foi manifestado no Protocolo e Justificação de Incorporação e na Ata da AGE de 21/02/2008, demonstrando que a empresa tinha pleno conhecimento da legislação que eventualmente lhe permitiria o seu aproveitamento fiscal caso houvesse uma operação de incorporação entre as empresas mencionadas. E assim procedeu

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 29/09/2014 por ALBERTO PINTO SOUZA JUNIOR, Assinado digitalmente em 02/1

0/2014 por GUILHERME POLLASTRI GOMES DA SILVA, Assinado digitalmente em 28/10/2014 por ALBERTO PINTO

SOUZA JUNIOR

Impresso em 29/10/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

O aproveitamento fiscal do ágio não deveria ser o elemento fundamental e balizador da operação de incorporação sob pena da operação objetivar apenas a economia tributária com claro prejuízo à Fazenda

A incorporação é apenas um dos requisitos, outro requisito imprescindível é que o fundamento econômico do lançamento do ágio tenha sido o § 2º, II, do art. 385, do RIR/1999, qual seja, “*valor da rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros*”.

- RELATÓRIO DE AVALIAÇÃO ELABORADO PELO BANCO ABNAMRO – FUNDAMENTO ECONÔMICO DO ÁGIO – ALEGADA RENTABILIDADE FUTURA.

O Relatório de Avaliação, que serviu de base para contabilização do ágio em setembro e dezembro de 2007, tendo por fundamento econômico “*a expectativa de rentabilidade futura das sociedades adquiridas*”, é desprovido de condições que pudessem habilitá-lo, para tanto, pelas seguintes razões:

- a) Não há uma data específica no documento. Nele menciona-se genericamente “Agosto de 2007”;
- b) Não há qualquer assinatura, nem ao menos os nomes dos responsáveis pela elaboração do relatório;
- c) É de meridiana clareza que a elaboração do demonstrativo antecede a efetiva operação de aquisição do investimento bem como antecede o lançamento efetuado pelo contribuinte em sua escrituração. Porém, o Relatório já mencionava expressamente o valor pago na aquisição do investimento, ou seja, foi elaborado após a aquisição do investimento que ocorreu em 27/09/2007, e não antes, como quer nos fazer crer;
- d) Não existe independência das partes envolvidas na requisição do Relatório com aquelas que o elaboraram;
- e) O Banco Real não procedeu a qualquer verificação sobre as informações fornecidas pelos requisitantes do laudo, eximindo-se de qualquer responsabilidade pelo conteúdo e não dá qualquer garantia, como afirma na Nota Importante 13; f) Nenhuma avaliação dos ativos da Magnesita foi feita pelo Banco Real, conforme consta da Nota Importante 14. Ao não avaliar os ativos, percebe-se que o intuito do Relatório do Banco Real era direcionar o fundamento econômico do ágio para rentabilidade futura unicamente para conferir a Rpar o direito a sua dedutibilidade;
- g) Na Nota Importante 15, verifica-se a completa inconfiabilidade do Relatório de Avaliação, pois este nem ao menos se responsabiliza pelas projeções e estimativas;
- h) Ao invés da Rpar contratar uma empresa para elaborar um Laudo de Avaliação, completo e anterior à aquisição do controle acionário da Magnesita, ela, posteriormente à aquisição, elegeu o Banco Real, para preparar um Relatório de Avaliação, direcionado a subsidiar um ágio, com base em rentabilidade futura. Ressalta-se que este ágio já havia sido incluído pago;
- i) Consta na página 31 do Relatório de Avaliação o seguinte: “*O investimento realizado pela Rpar em Magnesita para a aquisição do*

controle foi de R\$1.239,1 milhões, correspondente a 38,64% de participação no Patrimônio Líquido da Magnesita". Ora, como poderia o autor do Relatório saber o valor a ser pago na aquisição do controle, se o Relatório de Avaliação é datado de Agosto de 2007 enquanto que a aquisição do controle se deu somente em 27/09/2007? Trata-se de inconsistência grave que nos impede de aceitar referido Relatório de Avaliação como suporte para demonstrar a rentabilidade futura.

j) Outra grave inconsistência do Relatório é a discrepância do valor atribuído à Magnesita utilizando-se a metodologia do fluxo de caixa descontado que poderia vir a justificar o ágio com base em rentabilidade futura. Neste Relatório encontrou-se o valor de R\$3,2 bilhões. Porém, por ocasião da OPA obrigatória, no Laudo de Avaliação elaborado pela Deloitte Touche Tohmatsu Consultores Ltda, datado de 28/09/2007, o valor econômico encontrada para a Magnesita, utilizando a mesma metodologia do fluxo de caixa descontado, foi R\$1,71 bilhões e que o preço, por lote de mil ações, ficaria na faixa entre R\$38,40 a R\$41,83. O Laudo de Avaliação elaborado pela Deloitte, que seguiu rigorosamente as prescrições das Instruções CVM nº 361/02 e 436/06, aponta valores que não possibilitariam nem sequer cogitar a existência de ágio com base em rentabilidade futura, haja vista que o valor de mercado já era superior ao valor apurado com base na metodologia do fluxo de caixa descontado.

k) Ainda que o contribuinte tivesse contabilizado o ágio com fundamento em rentabilidade futura, baseado no Relatório do Banco Real, a Rpar deveria, por ocasião da ciência do Laudo da Deloitte, que demonstrou que o valor econômico pelo fluxo de caixa descontado (rentabilidade futura trazida a valor presente) da empresa era R\$1.710.691.000,00, e não R\$3.200.000.000,00, ter revertido o ágio com base em rentabilidade futura para outra fundamentação. Porém preferiu adotar o valor de R\$ 3.200.000.000,00.

l) Além das inconsistências mencionadas no Relatório de Avaliação constatamos que o banco ABN atuou como instituição intermediária nas operações vinculadas às ações por ocasião da OPA obrigatória. Esse fato demonstra que o relatório não goza dos necessários requisitos para embasar eventual rentabilidade futura.

m) Por derradeiro, o contrato de compra e venda de ações ("Share Purchase Agreement"), celebrado em 12/08/2007 esclarece em sua cláusula 4.4 o seguinte: "*... nenhum dos Vendedores e nenhuma outra Pessoa fez qualquer declaração à Compradora com relação a (a) quaisquer projeções, estimativas ou orçamentos para o Negócio da Magnesita e das Subsidiárias Relevantes...*".

Os verdadeiros fundamentos econômicos que justificam o pagamento de um ágio na aquisição do controle estão estampados no item 1.3.1 da Oferta Pública de Aquisição de Ações Ordinárias (OPA), transcrita abaixo:

"1.3.1. Os valores pagos pela Ofertante aos Controladores na aquisição das Ações do Bloco de Controle foram definidos por meio de negociação entre partes independentes e não relacionadas, com base em percepções e convicções próprias sobre o valor de cada uma das ações em negociação, considerando a classe e espécie das ações e os direitos que conferem a seus titulares, inclusive em razão da quantidade. Nesse sentido, no que diz respeito às ações ordinárias, por constituírem o bloco de controle da Magnesita, foi atribuído a essas ações um prêmio de controle. No tocante às ações preferenciais, para a definição de seu preço levou-se em consideração o seu valor de mercado à época da negociação com os Controladores a respeito das bases da transação".

Este item demonstra claramente quais foram os fundamentos sobre os quais a aquisição se baseou:

1) com base em percepções e convicções próprias sobre o valor de cada espécie e classe de ação negociada, levando-se em conta a quantidade negociada de ações.

2) com relação às ações ordinárias acrescenta-se também o fundamento do prêmio de controle, em razão da aquisição do bloco de controle da Magnesita.

3) Com relação às ações preferenciais acrescenta-se o fato de terem sido negociadas tendo como base o valor de mercado das ações à época da negociação.

Em suma, baseados em convicções próprias de que a negociação seria boa para ambas as partes envolvidas e, considerando-se o valor de mercado das ações, acrescido do prêmio de controle embutido no preço pago pelas ações ordinárias ocorreu a aquisição da Magnesita S/A pela Rpar Holding S/A. Esses foram os verdadeiros fundamentos da negociação e qualquer outro fundamento para a contabilização do ágio em contraposição ao exposto neste item não pode ser aceito por esta fiscalização.

A fiscalizada quer adotar o fundamento do ágio com base em rentabilidade futura, porém, os fatos expressos em documento público, (Edital publicado em Diário Oficial por ocasião de Oferta Pública de Aquisição de Ações Ordinárias - OPA) atestam expressamente os fundamentos pelos quais a fiscalizada pagou o ágio, os quais não guardam qualquer correlação a qualquer previsão de rentabilidade futura. Além disso, as ações preferenciais tiveram como base de negociação o valor de mercado das ações, então nem existe a possibilidade de haver ágio fundamentado em rentabilidade futura (goodwill genuíno), pois este somente poderia existir sobre os valores pagos que fossem superiores ao valor de mercado respectivo, conforme já definido pela CVM, no item 8 da Nota Explicativa à Instrução CVM Nº 469, DE 2 DE MAIO DE 2008.

Pelo exposto, o valor total do ágio contabilizado pela Rpar, na aquisição da Magnesita S/A e Partimag S/A, não poderá ser amortizado para fins fiscais.

Além das inconsistências e imperfeições apontadas no Relatório do Banco Real, sendo a Fiscalizada uma Companhia aberta, está sujeita a todas as regulamentações **impostas pela CVM e no que diz respeito ao ágio apurado na aquisição de investimentos a CVM** impõe o regramento na Instrução CVM nº 247, de 27 de março de 1996, com as alterações introduzidas pelas Instruções CVM nº 269/97, 285/98, 464/08 e 469/08.

A INSTRUÇÃO CVM Nº 247, DE 27 DE MARÇO DE 1996, COM AS ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS PELAS INSTRUÇÕES CVM Nº 269/97, 285/98, 464/08 E 469/08, dispõe sobre a avaliação de investimentos em sociedades coligadas e controladas e sobre os procedimentos para elaboração e divulgação das demonstrações contábeis consolidadas., para o pleno atendimento aos Princípios Fundamentais de Contabilidade, altera e consolida as Instruções CVM nº 01, de 27 de abril de 1978, nº 15, de 03 de novembro de 1980, nº 30, de 17 de janeiro de 1984, e o artigo 2º da Instrução CVM nº 170, de 03 de janeiro de 1992, e dá outras providências.

- DO ÁGIO OU DESÁGIO NA AQUISIÇÃO DE INVESTIMENTO AVALIADO PELO MÉTODO DA EQUIVALÊNCIA PATRIMONIAL

As determinações da CVM deixam claro, que existe um limite para a contabilização do ágio com base em rentabilidade futura, ao prescrever que ele só poderá ser aquele valor que ultrapassar o valor de mercado dos ativos e passivos, ou seja, não se admite a contabilização de ágio com base em rentabilidade futura, se esse valor já se encontra traduzido, no presente, pelo valor que o mercado atribui à empresa.

Então, não há como sustentar que o ágio total tenha como fundamento a rentabilidade futura se o valor, no presente (dia 27/09/2007), dos investimentos a serem adquiridos já se encontraam valorados pelo mercado em valor superior ao valor patrimonial. Dever-se-ia necessariamente segregar o ágio em pelo menos duas parcelas.

a) a primeira diz respeito à diferença entre o valor de mercado de parte ou de todos os bens do ativo da coligada e controlada e o respectivo valor contábil e

b) a segunda seria a diferença entre o valor pago na aquisição do investimento e o valor de mercado dos ativos e passivos mencionados na alínea anterior.

Seria como degraus a serem alcançados: no primeiro degrau teríamos o valor patrimonial, no segundo degrau o valor de mercado e no terceiro degrau o valor pago.

Desta forma o limite para contabilização do ágio com base em rentabilidade futura é somente o valor que ultrapassar o valor de mercado dos ativos e passivos no momento da aquisição e ainda assim quando este ágio for devidamente demonstrado. Qualquer valor contabilizado a título de ágio com base em rentabilidade futura que exceder o montante retro mencionado carece desse fundamento e, como consequência, não poderá ser amortizado para fins fiscais.

De acordo com o exposto não há que se falar em ágio com base em rentabilidade futura (goodwill genuíno), posto que o valor com base na previsão dos resultados futuros, através da metodologia do fluxo de caixa descontado, encontrado pela Deloitte ampararia somente um valor que é equivalente ao Patrimônio Líquido da Magnesita a Preços de Mercado restando concluir que o ágio pago pela fiscalizada superior ao valor mencionado acima somente poderia ter como fundamento o inciso III do § 2º do Art. 385 do RIR/99, o qual é indedutível nos termos do inciso II do Art. 386 do RIR/99 e deve ser necessariamente reconhecido como perda, nos termos do § 5º do Art. 14 da Instrução CVM 247/96.

- ÁGIO APURADO NA AQUISIÇÃO DAS AÇÕES DO BLOCO DE CONTROLE.

Além do Relatório de Avaliação conter inúmeras inconsistências que impedem de aceitá-lo como comprovante de escrituração do ágio fundamentado em rentabilidade futura, que já seria suficiente para o lançamento, a fiscalização demonstra os valores patrimoniais, valores pagos e valores de mercado envolvidos na aquisição da Magnesita S/A e Partimag S/A, pela Rpar Holding S/A, com a finalidade de segregar os valores pagos em relação às possíveis hipóteses legais sobre os fundamentos econômicos do ágio.

- AÇÕES DA MAGNESITA S/A ADQUIRIDAS ATRAVÉS DA AQUISIÇÃO DE 100% DA PARTIMAG S/A.

A aquisição de 100% das ações da Partimag S/A, que, por sua vez, possuía investimento relevante na Magnesita, representado por 30,24% das suas ações ordinárias. O valor total pago foi R\$ 991.560.726,78, que corresponde a R\$77 por lote de mil ações ON, como consta no Contrato de Compra e Venda das Ações, e do item 1.3 da OPA de ações ordinárias. O contribuinte apurou um ágio na sua contabilidade de: R\$ 991.560.726,78 – R\$ 244.164.371,50 (100% do PL da Partimag S/A) = R\$747.396.355,28.

Todavia, na data da aquisição das ações do bloco de controle, em 27/09/2007, o procedimento correto seria segregar o ágio nas diversas parcelas que a legislação prevê. Com base nisso, o contribuinte nunca poderia ter contabilizado todo o ágio tendo como fundamento a “rentabilidade futura”, que deveria ainda ser demonstrada, e como já explicado, não o foi.

Tratando-se de Companhia Aberta, o valor da Magnesita S/A atribuído pelo mercado, estaria refletido no preço das suas ações, situado na faixa de R\$ 60,85 por lote de mil ações ON, conforme consta do item 5.1 da OPA de ações ordinárias.

Com base no Laudo de Avaliação, no âmbito da OPA obrigatória, a princípio poder-se-ia achar que haveria um ágio com base em rentabilidade futura calcado na diferença do valor pago menos o valor de mercado (77-60,85), porém o Laudo da Deloitte atesta, pela metodologia do fluxo de caixa descontado (que ampararia eventual ágio com base em rentabilidade futura), que o valor econômico máximo seria de R\$ 41,83 por lote de mil ações, que seria o valor máximo admitido, para eventual contabilização de ágio com fundamento em rentabilidade futura.

Como o valor de mercado, atestado no próprio Laudo, já era de R\$ 60,85 e como o ágio com base em resultados futuros somente poderia ser maior que o valor de mercado (Instrução CVM nº 247/96, 285/98 e item 8 da Nota Explicativa à Instrução CVM nº 469), concluímos que a diferença de (77 - 60,85) não poderia estar fundamentada em rentabilidade futura.

- A princípio, utilizando-se das balizas legais teríamos:

I – Valor Patrimonial: R\$ 244.164.371,50.

II – Valor de Mercado: R\$782.976.388,78 (60,85 por lote de mil ações ON x 12.867.319.454).

III – Valor Pago: R\$ 991.560.726,78.

Assim, desde que devidamente demonstrado, a diferença II e I poderia ser ágio com base no valor de mercado; e a diferença III e II, eventualmente ágio com base na rentabilidade futura. Porém, o sobrepreço pago em relação ao valor de mercado, além de não ser *goodwil* genuíno em face do Laudo da Deloitte, teve seus fundamentos revelados na Oferta Pública de Aquisição de Ações Ordinárias – OPA, os quais se basearam em:

- 1) percepções e convicções próprias sobre o valor de cada espécie e classe de ação negociada, levando-se em conta a quantidade negociada de ações;
- 2) com relação às ações ordinárias acrescenta-se também o fundamento do prêmio de controle;
- 3) com relação às ações preferenciais acrescenta-se o fato de terem sido negociadas tendo como base o valor de mercado das ações à época da negociação.

Desta forma, o valor de R\$ 747.396.355,28, contabilizado pela Rpar como ágio na aquisição da Partimag S/A, fundamentado em rentabilidade futura não pode ser aceito.

- AÇÕES DA MAGNESITA S/A ADQUIRIDAS DIRETAMENTE DOS CONTROLADORES PESSOAS FÍSICAS.

A aquisição das ações restantes da Magnesita S/A, que totalizaram 2.889.828.054 ações ON e 603.154.462 ações PN, relativas ao Bloco de Controle que pertenciam aos antigos donos, foi pelo valor de R\$ 243.214.629,64, ou seja, R\$ 77 por lote de mil ações ON, e de R\$ 34 por lote de mil ações PN, conforme consta no Contrato de Compra e Venda das Ações, e na OPA de ações ordinárias.

Por sua vez, 100% do PL da Magnesita S/A era de R\$ 860.837.000,00, o qual dividido pelo total de ações nominativas e sem valor nominal, no fechamento, em 27/09/2007, valia R\$ 0,02023343 por ação. Sendo assim, foi apurado um ágio de: R\$ 243.214.629,64 – R\$ 70.675.023,85 (3.492.982.516 x 0,02023343) = R\$ 172.539.605,79.

Todavia, na data da aquisição das ações do bloco de controle, o procedimento correto seria segregar o ágio nas diversas parcelas que a legislação prevê. Tratando-se de Companhia Aberta, o valor da Magnesita atribuído pelo mercado estaria refletido no preço das suas ações (situado na faixa de R\$ 60,85 por lote de mil ações ON e de R\$ 39,24 por lote de mil ações PN), conforme consta do item 5.1 da OPA de ações ordinárias e encerra o preço médio ponderado das ações ON entre a publicação do fato relevante de 12/08/2007 e a data do Laudo de Avaliação da Deloitte, em 28/09/2007.

No máximo poder-se-ia existir um ágio com base em rentabilidade futura pela diferença do valor pago menos o valor de mercado (77-60,85 = R\$16,15, por lote de mil ações ON), que deveria ainda ser demonstrada. E como já explicado não o foi. Quanto às ações PN nenhum ágio fundamentado em rentabilidade futura poderia sequer ser ventilado já que o valor de mercado de R\$ 39,24 já era superior ao valor pago de R\$ 34 por lote de mil ações PN.

Além disso, pela metodologia do fluxo de caixa descontado (Laudo da Deloitte, que ampararia eventual ágio com base em rentabilidade futura), foi atribuído o valor entre R\$ 38,40 e R\$ 41,83 por lote de mil ações. Ora, qualquer valor pago superior a esse não poderia ter como fundamento o ágio com base em rentabilidade futura.

A princípio, utilizando-se das balizas legais teríamos para as ações ON (já que as PN sequer são passíveis de fundamentar ágio com base em rentabilidade futura face ao preço pago ser inferior ao valor de mercado das mesmas):

I – Valor Patrimonial: R\$58.471.139,12 (2.889.828.054 x 0,02023343).

II – Valor de Mercado: R\$175.846.037,09 (60,85 por lote de mil ações ON x 2.889.828.054).

III – Valor Pago: R\$222.516.760,06 (77 por lote de mil ações ON x 2.889.828.054).

Analogamente ao ágio descrito no item “a” acima, a Fiscalização expõe os mesmos argumentos para não aceitar também este ágio.

Desta forma, o valor de R\$ 172.539.605,79, contabilizado pela Rpar como ágio na aquisição das ações das pessoas físicas, fundamentado em rentabilidade futura não pode ser aceito por esta Fiscalização.

- ÁGIO APURADO NA AQUISIÇÃO DE AÇÕES ATRAVÉS DE OPA'S NA BOVESPA.

Além do Relatório de Avaliação conter inúmeras inconsistências que impedem de aceitá-lo como comprovante de escrituração do ágio fundamentado em rentabilidade futura, que já seria suficiente para o lançamento, o Fisco demonstra os valores patrimoniais, valores pagos e valores de mercado envolvidos na aquisição de ações da Magnesita S/A na Bovespa, pela Rpar Holding S/A, com a finalidade de segregar os valores pagos em relação às possíveis hipóteses legais sobre o fundamento econômico do ágio.

- ÁGIO APURADO EM DEZEMBRO DE 2007 NA AQUISIÇÃO DE AÇÕES PN ATRAVÉS DE OPA NA BOVESPA.

Na aquisição de 3.328.645.842 ações PN da Magnesita, na Bovespa, em dezembro de 2007, o valor pago foi de R\$ 149.878.936,23, R\$ 45 por lote de mil ações PN.

Por sua vez, 100% do PL da Magnesita S/A era de R\$ 876.348.000,00, o qual dividido pelo total de ações escriturais, nominativas e sem valor nominal de R\$ 42.545.278.748, representava na data, um valor de R\$ 0,02059801 por ação. Sendo assim, foi apurado um ágio de: R\$ 149.878.936,23 – R\$ 68.563.474,31 (3.328.645.842 x 0,02059801) = R\$ 81.315.461,92.

Todavia, na data da aquisição das ações PN na Bovespa, o procedimento correto seria segregar o ágio nas diversas parcelas que a legislação prevê.

Tratando-se de Companhia Aberta, o valor da Magnesita atribuído pelo mercado estaria refletido no preço das suas ações. No presente item, considerando a negociação nos últimos 30 pregões da Bovespa anteriores a 1 de novembro de 2007, o valor das ações PN situava-se na faixa de R\$ 41,51 por lote de mil ações, conforme consta do item 1.5.1 da OPA de ações preferenciais e encerra o preço médio ponderado dessas ações nos últimos 30 pregões da Bovespa anteriores a 1 de novembro de 2007 que, acrescido de um prêmio de 8,4% resultou na oferta de R\$ 45 por lote de mil ações, objeto da OPA em comento.

Com base no Laudo de Avaliação da Deloitte de 01/11/2007, apurou-se o preço das ações de emissão da Magnesita pelo valor econômico através da metodologia do fluxo de caixa descontado quando se chegou ao valor situado entre R\$ 38,40 e R\$ 41,83 por lote de mil ações.

Então, o contribuinte nunca poderia ter contabilizado este ágio tendo como fundamento a rentabilidade futura.

Verifica-se que em outubro de 2007, conforme item 7.5 da OPA, esta ação já tinha seu preço médio em R\$ 42,14 por lote de mil ações PNA, nada havia de futuro neste valor. No máximo poder-se-ia existir um ágio com fundamento em rentabilidade futura pela diferença entre o valor pago de R\$ 45 e o valor de mercado dos ativos e passivos da Companhia traduzidos em R\$ 42,14.

A princípio, utilizando-se das balizas legais teríamos:

I – Valor Patrimonial: R\$68.563.474,31.

II – Valor de Mercado: R\$140.269.135,78 (42,14 por lote de mil ações PN x 3.328.645.842).

III – Valor Pago: R\$149.878.936,23.

Assim, desde que devidamente demonstrado, a diferença II e I poderia ser ágio com base no valor de mercado; e a diferença III e II, eventualmente ágio com base na rentabilidade futura. Porém, o sobrepreço pago em relação ao valor de mercado, além de não ser *goodwil* genuíno em face do Laudo da Deloitte, teve seus fundamentos revelados no item 1.5.1 do Edital da OPA voluntária para aquisição das ações PN da Magnesita, não tendo sido também amparado por demonstração de rentabilidade futura que pudesse fundamentar um valor superior a R\$ 41,83 por lote de mil ações, haja vista que o Laudo da Deloitte utilizando a metodologia do fluxo de caixa descontado chegou ao valor máximo de R\$ 41,83.

Desta forma, o valor de R\$ 81.315.461,92, contabilizado pela Rpar como ágio na aquisição de 3.328.645.842 ações PN da Magnesita que a RPAR Holding S/A contabilizou a título de ágio, fundamentado em rentabilidade futura não pode ser aceito por esta Fiscalização.

- ÁGIO APURADO EM JANEIRO DE 2008 NA AQUISIÇÃO DE AÇÕES ON E PN ATRAVÉS DE OPA NA BOVESPA.

Na aquisição de 2.951.731.751 ações PN e 5.467.613.203 ações ON da Magnesita, na Bovespa, em janeiro de 2008, o valor total pago por todas as ações PN foi R\$ 132.188.625,59, que corresponde a R\$ 45 por lote de mil ações PN; e o valor total pago por todas as ações ON, de R\$ 347.416.590,48, que corresponde a R\$ 63,50 por lote de mil ações ON.

Por sua vez, 100% do PL da Magnesita S/A era de R\$ 849.324.000,00, o qual dividido pelo total de ações escriturais, nominativas e sem valor nominal de 42.545.278.748, representava naquela data, R\$ 0,01996283 por ação. Sendo assim, foi apurado um ágio de: R\$ 132.188.625,59 – R\$ 58.924.907,57 (2.951.731.751 x 0,01996283) = R\$ 73.263.718,02, relativamente à aquisição das ações PN. Quanto às ações ON, o ágio apurado foi de: R\$ 347.416.590,48 – R\$ 109.149.011,42 (5.467.613.203 x 0,01996283) = R\$ 238.267.579,06.

Todavia, na data da aquisição das ações PN e ON na Bovespa, o procedimento correto seria segregar o ágio nas diversas parcelas que a legislação prevê.

Tratando-se de Companhia Aberta, o valor da Magnesita atribuído pelo mercado estaria refletido no preço das suas ações. No presente item, considerando negociação nos últimos 30 pregões da Bovespa anteriores a 1 de novembro de 2007, o valor das ações PN situava-se na faixa de R\$41,51 por lote de mil ações, conforme consta do item 1.5.1 da OPA de ações preferenciais e encerra o preço médio ponderado dessas ações nos últimos 30 pregões da Bovespa anteriores a 1 de novembro de 2007 que, acrescido de um prêmio de 8,4% resultou na oferta de R\$45 por lote de mil ações objeto da OPA em comento.

Já para as ações ON o parâmetro da oferta de R\$61,60 por lote de mil ações teve fundamento no art. 254-A da Lei das S/A equivalendo a 80% do valor pago pela Ofertante (R\$77) aos Controladores, pelas ações ordinárias de emissão da Magnesita integrantes das ações do Bloco de Controle e conforme item 6.7 da OPA obrigatória o valor do lote de mil ações PN da Magnesita S/A em novembro de 2007 já atingia R\$60,75.

Tanto no item 5 desta OPA obrigatória como no item 6 da OPA voluntária, constam informações sobre os Laudos de Avaliação elaborados pela Deloitte, datados de 28/09/2007 e 01/11/2007, apurou-se o preço das ações de emissão da Magnesita

pelo valor econômico através da metodologia do fluxo de caixa descontado tendo chegado ao valor situado na faixa entre R\$ 38,40 e R\$ 41,83 por lote de mil ações.

Então, o contribuinte nunca poderia ter contabilizado este ágio tendo como fundamento a rentabilidade futura, pois o valor de R\$ 41,51 por lote de mil ações PN e de R\$ 60,75 por lote de mil ações ON já era presente.

Verifica-se que em novembro de 2007, conforme item 6.7 da OPA obrigatória, esta ação já tinha seu preço negociado por R\$ 44,49 por lote de mil ações PNA e R\$ 60,75 o lote de mil ações ON. Nada havia de futuro neste valor. No máximo poder-se-ia existir um ágio com fundamento em rentabilidade futura pela diferença entre o valor pago de R\$45, mil ações PN, e de R\$ 63,50, mil ações ON, e o valor de mercado da Companhia traduzidos em R\$ 44,49, mil ações PN, e R\$ 60,75, mil ações ON.

A princípio, utilizando-se das balizas legais teríamos para as ações PN adquiridas em janeiro de 2008:

I – Valor Patrimonial: R\$58.924.907,57.

II – Valor de Mercado: R\$131.322.545,60 (44,49 por lote de mil ações PN x 2.951.731.751).

III – Valor Pago: R\$132.188.625,59.

Assim, desde que devidamente demonstrado, a diferença II e I poderia ser ágio com base no valor de mercado dos bens; e a diferença III e II, eventualmente ágio com base na rentabilidade futura. Porém, o sobrepreço pago em relação ao valor de mercado, além de não ser *goodwil* genuíno em face do Laudo da Deloitte, teve seus fundamentos revelados no item 1.5.1 do Edital da OPA voluntária para aquisição das ações PN da Magnesita S/A, não tendo sido também amparado por demonstração de rentabilidade futura que pudesse fundamentar um valor superior a R\$41,83 por lote de mil ações, haja vista que o Laudo da Deloitte utilizando a metodologia do fluxo de caixa descontado chegou no máximo ao valor de R\$41,83 por lote de mil ações.

Já para as ações ON adquiridas em janeiro de 2008, utilizando-se das balizas legais teríamos:

I – Valor Patrimonial: R\$ 109.149.011,42.

II – Valor de Mercado: R\$ 332.157.502,08 (60,75 por lote de mil ações ON x 5.467.613.203).

III – Valor Pago: R\$ 347.416.590,48.

Assim, desde que devidamente demonstrado, a diferença II e I poderia ser ágio com base no valor de mercado dos bens; e a diferença III e II, eventualmente ágio com base na rentabilidade futura. Porém, o sobrepreço pago em relação ao valor de mercado, além de não ser *goodwil* genuíno em face do Laudo da Deloitte, teve seus fundamentos revelados no item 2.3 do Edital da OPA obrigatória para aquisição das ações ON da Magnesita S/A, não tendo sido também amparado por demonstração de rentabilidade futura que pudesse fundamentar um valor superior a R\$41,83 por lote de mil ações, haja vista que o Laudo da Deloitte utilizando a metodologia do fluxo de caixa descontado chegou no máximo ao valor de R\$41,83 por lote de mil ações.

Desta forma, os valores de R\$ 73.263.718,02 e R\$ 238.267.579,06, contabilizados pela Rpar, respectivamente, como ágio na aquisição de 2.951.731.751 ações PN e 5.467.613.203 ações ON da Magnesita S/A que a RPAR contabilizou a título de ágio, fundamentados em rentabilidade futura não podem ser aceitos por esta Fiscalização.

- ÁGIO APURADO EM MARÇO DE 2008 NA AQUISIÇÃO, DOS CONTROLADORES, DE AÇÕES ON E PN GRAVADAS COM CLÁUSULA DE INTRANSFERIBILIDADE – FINOR.

Na aquisição dos controladores, de 60.946.483 ações ON e 17.502.845 ações PN que estavam gravadas com cláusula de intransferibilidade – FINOR e que haviam sido convertidas em março de 2008, pelo implemento da condição suspensiva do gravame FINOR, essas ações foram adquiridas por R\$ 5.292.123,59 e possuíam valor contábil de R\$ 1.566.070,29, o que resultou no ágio contabilizado em março de 2008 no valor R\$ 3.276.053,50.

Além dos motivos acima mencionados nas aquisições das ações que não continham nenhum gravame, esse ágio somente ocorreu em março de 2008, quando a Rpar Holding S/A já havia incorporado a Magnesita S/A e a Partimag S/A, logo, não pode ser aceito, pois surgido na própria Rpar.

- OUTRAS AQUISIÇÕES REALIZADAS PELA MAGNESITA REFRATÁRIOS S/A DURANTE O FINAL DO ANO-CALENDÁRIO DE 2008.

A Fiscalizada realizou em 07/09/2008 negociações com a empresa sediada no exterior REARDEN L. HOLDINGS 2 do Grupo Rhône, tendo por objeto a aquisição da READER G HOLDING EINS GMBH, sociedade constituída de acordo com as leis da Alemanha, cujas subsidiárias atuam na área de refratários dolomíticos, com operações industriais na América do Norte, Europa e Ásia.

Essas informações constam do Protocolo e Justificação de Incorporação de Purus Participações Ltda por Magnesita Refratários S.A. A Purus foi uma das empresa veículo utilizadas na operação.

Resumindo, o negócio pretendido era a aquisição de unidades operacionais no exterior que atuassem no mercado de refratários.

Na negociação, houve a transferência de 100% das ações da Rearden (LWB) para a Magnesita Refratários que, em contrapartida, pagou R\$ 297,8 milhões em dinheiro e entregou 23.457.778 ações ordinárias de sua emissão que valiam na época R\$ 487,6 milhões, equivalendo a 10,97% do seu capital social total.

Todavia, a implementação e formalização do negócio envolveu diversas empresas, inclusive empresas veículos (Purus Participações Ltda, Mukden Participações Ltda, EDRJ91 Participações Ltda e Caribbean Refractories Holdings Ltd – CRH), onde o ágio contabilizado nessas empresas ou devido à aquisição dessas empresas, foi utilizado pela Magnesita Refratários S/A, quando ela incorporou a Purus, a Mukden e a EDRJ91, com o único intuito de lhe proporcionar benefícios fiscais.

Ressalte-se que a CRH não foi incorporada pela Magnesita, mas pela EDRJ91.

A complexa operação está descrita no Protocolo e Justificação de Incorporação da Purus Participações Ltda pela Magnesita Refratários S.A datado de

19/10/2008, bem como no Protocolo e Justificação de Incorporação da Mukden Participações Ltda e EDRJ91 Participações Ltda pela Magnesita Refratários S.A de 03/12/2008, foi realizada da seguinte forma:

A) A Magnesita celebrou, no dia 07 de setembro de 2008, com a REARDEN L. HOLDINGS 2 S.Á R.L. ("Rearden 2"), instrumentos (em conjunto e conforme possam ser alterados de tempos em tempos, o "Transaction Agreement") tendo por objeto a aquisição da Rearden G HOLDINGS EINS GMBH ("Rearden"), sociedade constituída de acordo com as leis da Alemanha, cujas subsidiárias atuam na área de refratários dolomíticos, com operações industriais na América do Norte, Europa e Ásia.

B) Conforme Fato Relevante de 7 de setembro de 2008, a conclusão da aquisição da Rearden pela Magnesita, quando da verificação de determinadas condições precedentes, se daria através da incorporação de uma sociedade controlada, direta ou indiretamente, pela Rearden 2 na Magnesita, no caso, a Purus, ocasião em que a Magnesita tomar-se-ia, direta ou indiretamente, titular da totalidade da Rearden e suas subsidiárias.

C) A Magnesita deseja incorporar a Purus (a "Incorporação") e, para tanto, contratou a APSIS Consultoria Empresarial S/C Ltda, que procedeu (i) à avaliação do patrimônio líquido da Purus na forma dos artigos 226 e 227 da Lei nº 6.404/76 ("Laudo de Avaliação Patrimonial"); e (ii) à avaliação econômica da Companhia e da Purus ("Laudo de Avaliação Econômica e, em conjunto com o Laudo de Avaliação Patrimonial, doravante simplesmente os "Laudos de Avaliação"), a qual preparou os Laudos de Avaliação, devidamente ajustados para refletir os eventos entre a DataBase (conforme definida abaixo) e a data da efetiva Incorporação, inclusive a reestruturação prevista neste Protocolo e Justificação.

OPERAÇÃO PROPOSTA E JUSTIFICAÇÃO

A Rearden 2 titular de 100% do capital social da Mukden, que por sua vez será titular do controle da Purus. A Purus é uma sociedade não operacional que terá como únicos ativos, no momento da incorporação, R\$1.000,00, em moeda corrente nacional e a participação de 54,41% na Caribbean Refractories Holdings Ltd., sendo que os demais 45,59% serão detidos pela Magnesita no momento da incorporação. A Caribbean Refractories Holdings Ltd., com sede nas Ilhas Virgens Britânicas, também uma sociedade não operacional que, por sua vez, terá como únicos ativos, no momento da Incorporação, (i) a participação de 100% do capital total da LWB Island Company Ltd., que detem 100% da Rearden; (ii) um receável de R\$ 108 milhões de Euros, correspondente ao shareholders loan, conforme definido no Transaction Agreement, e (iii) um montante de 150 milhões de Euros depositados em uma conta vinculada (escrow account) de titularidade da CRH, que permanecerão bloqueados até a efetivação da Incorporação.

Imediatamente após a Incorporação, a Magnesita será titular de 100% das ações da CRH, e, indiretamente, de 100% do capital social da Rearden.

A Incorporação será procedida de forma que a Magnesita receba, pelos seus respectivos valores contábeis, a totalidade dos bens, direitos e obrigações da Purus, nos termos do art.227 da Lei nº 6.404/76.

Os saldos das contas credora e devedora, que atualmente constituem os ativos e passivos da Purus, após a implementação da Incorporação, passarão para a Magnesita, devendo ser refletidos na contabilidade desta última, fazendo-se as necessárias adaptações. Em razão da Incorporação, a Magnesita deverá aumentar o seu capital social em montante que corresponda ao valor total do Patrimônio Líquido da Purus a ser absorvido. Após a implementação da Incorporação, a Purus extinguir-se-á de pleno direito.

A Incorporação tem como objetivo aumentar a participação da Magnesita no mercado mundial de refratários, proporcionando maior poder de negociação e, aumento das

perspectivas de lucratividade para seus acionistas. A Incorporação tem como objetivo para a Purus, o aproveitamento de sinergias existentes e crescimento da Rearden, mediante a combinação das atividades da Rearden e da Magnesita que resultará da Incorporação.

Em consequência da Incorporação, o capital social da Magnesita será aumentado no valor correspondente ao valor do patrimônio líquido contábil da Purus, a ser integralmente incorporado pela Magnesita, com a emissão de 23.457.778 ações ordinárias, nominativas, escriturais e sem valor nominal da Companhia, as quais serão emitidas pelo preço de R\$22,319 cada, sendo certo que este valor de emissão está sujeito às variações descritas no item 4 acima.

Estas ações ordinárias nominativas e sem valor nominal, a serem emitidas no âmbito deste aumento de capital serão subscritas pelos quotistas da Purus, proporcionalmente à sua participação no capital social desta na data da Incorporação, e integralizadas com o patrimônio líquido de tal sociedade, incorporado na Magnesita.

E no Boletim de Subscrição de 05/11/2008 está atestado que a Purus subscreveu as 23.457.778 ações ao preço de emissão de R\$20,79 por ação.

As ações subscritas foram emitidas em razão da incorporação da Purus, pela Magnesita e foram integralizadas pela administração da Purus, mediante a versão do patrimônio da Purus ao capital da fiscalizada, resultando em aumento do capital social desta no valor de R\$ 487.592.254,00. Tais ações foram distribuídas à única quotista da Purus, denominada Mukden Participações Ltda, cuja sede social é o mesmo endereço da Purus, em São Paulo

O item 1.2 do Protocolo e Justificação de Incorporação da Purus por Magnesita Refratários S/A atesta que esta receberia todos os bens, direitos e obrigações da Purus pelo valor contábil, nos termos do Art. 227 da Lei das S/A. E o boletim de subscrição atesta que a versão do PL da Purus para a Magnesita resultou no aumento do capital social desta em R\$ 487.592.254,00, sendo que o item 4.1 deste protocolo corrobora exatamente isso, ou seja, de que o PL contábil a ser vertido seria de R\$ 523.551.000,00 sujeito à variação cambial.

E conforme declaração da APSIS consultoria à Purus, anexa ao Laudo RJ-0478/08-01, em 05/11/2008 o valor do PL seria de R\$ 487.591.000,00, no mínimo, face à taxa cambial de R\$2,738 por 1 Euro naquela data.

Ou seja, ao incorporar a Purus, a Magnesita apenas trouxe para seu ativo um investimento na CRH que já estava com ágio resultante da integralização, em Purus, por Rearden 2, com 54,41% das cotas de CRH. O ágio de R\$ 166.937.856,43 que o contribuinte informou na resposta do dia 22/08/11 como resultante de:

Valor de Aquisição/Aumento de capital ----- -> R\$487.591.254,00

(-) PL proporcional da CRH -----R\$(320.653.397,57)

(=) Ágio na aquisição de 54,41% da CRH----- -> R\$166.937.856,43

não surgiu no momento da incorporação, mas já estava registrado no Ativo da Purus, conforme documentação retro citada.

Ao incorporar a Purus pelo valor contábil, a Magnesita nada mais fez do que registrar em seu ativo o acervo líquido da Purus que nada mais era do que o investimento em CRH com ágio, vale dizer, o eventual direito ao benefício fiscal da amortização do ágio caberia à Purus caso essa incorporasse a CRH, fato que não se consumou. Muito pelo contrário, ao incorporar a Purus e por esta extinguir-se, este benefício tornou-se impossível. A hipótese legal do Artigo 386 do RIR/99 não se aplica para a Magnesita, pois os 54,41% da CRH não foram por ela adquiridos com ágio, mas sim por Purus. Desta forma, o ágio contabilizado pela fiscalizada de R\$ 166.937.856,43 é totalmente indedutível.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 29/09/2014 por ALBERTO PINTO SOUZA JUNIOR, Assinado digitalmente em 02/1

0/2014 por GUILHERME POLLASTRI GOMES DA SILVA, Assinado digitalmente em 28/10/2014 por ALBERTO PINTO

SOUZA JUNIOR

Em relação à aquisição direta de 45,59% da CRH pela Magnesita na qual a fiscalizada apurou um ágio de R\$143.047.733,03, verificou a fiscalização que os requisitos do artigo 386 do RIR/99 não foram satisfeitos, pois a fiscalizada nunca incorporou a CRH, empresa na qual detinha participação societária adquirida com ágio. A CRH, foi incorporada pela EDRJ91 e a partir deste momento a CRH extinguiu-se de pleno direito, assim como qualquer direito de amortização do ágio registrado pela fiscalizada na aquisição da participação societária em CRH, pois este direito somente poderia surgir caso a própria fiscalizada incorporasse a CRH, fato que nunca ocorreu.

O teor do artigo 111 do CTN estabelece que a legislação tributária que disponha sobre benefício fiscal deve ser interpretada literalmente.

E ainda, mesmo que a fiscalizada tivesse incorporado a CRH diretamente, o § 1º do Artigo 389 do RIR/99 é taxativo ao não permitir a dedutibilidade de despesas com amortização do ágio quando o investimento é realizado em sociedades estrangeiras, como dispõe o § 1º do Artigo 389 do RIR/99.

De forma análoga ao caso anterior da Purus, o ágio contabilizado pela fiscalizada no valor de R\$ 143.047.733,03 é totalmente indedutível.

Apenas para efeito de compreensão da operação como um todo, os valores somados de R\$166.937.856,43 e R\$143.047.733,03 perfazem a quantia de R\$309.985.589,46 que é exatamente o valor do ágio que a fiscalizada atribui e considera na operação de aquisição da CRH e da EDRJ91, conforme resposta do dia 22/08/2011. Como a EDRJ91 incorporou a CRH e como posteriormente a Magnesita incorporou a EDRJ91, a fiscalizada tenta justificar seu eventual direito de dedutibilidade do ágio através da incorporação de uma empresa não operacional que por sua vez havia anteriormente incorporado a CRH, ou seja, tenta emplacar a tese de que não é preciso incorporar diretamente a empresa na qual detinha participação societária adquirida com ágio, mas sim uma outra, que por sua vez, teria anteriormente incorporado aquela na qual a fiscalizada detinha participação societária adquirida com ágio.

Esta hipótese não pode prosperar e as parcelas de ágio nos valores de R\$ 166.937.856,43 e R\$ 143.047.733,03 não poderão influenciar o lucro real da Contribuinte.

Quanto ao Protocolo e Justificação de Incorporação da Mukden e EDRJ91 pela Magnesita, datado de 03/12/2008, os pontos mais relevantes estão transcritos abaixo:

"Considerando que:

- a) A Mukden é titular de 10,97% do capital social da Magnesita;
- b) A participação detida pela Mukden no capital social da Magnesita constitui seu único ativo, não possuindo a sociedade quaisquer outras operações, ativos ou passivos;
- c) A Magnesita é detentora de 100% do capital social total da Caribbean Refractories Holdings, Ltd ("CRH"), sociedade com sede nas Ilhas Virgens Britânicas, com sede em Kingston Chambers, PO Box 173, Road Town, Tortola, Ilhas Virgens Britânicas, a qual por sua vez, detém 100% do capital social da EDRJ91;
- d) A Magnesita deseja incorporar a Mukden e a EDRJ91, as quais, por sua vez, desejam ser incorporadas pela Magnesita (em conjunto, as "Incorporações");
- e) A CRH, anteriormente às Incorporações, realizará um aumento de capital na EDRJ91, o qual será integralizado (i) em moeda corrente nacional; e (ii) em ações de emissão da LWB Island Company Ltd. ("LIC") detidas pela CRH, representando 100%

do capital social total da LIC. A LIC é uma sociedade constituída de acordo com as leis das Ilhas Virgens Britânicas, com sede em Kingston Chambers, PO Box 173, Road Town, Tortola, Ilhas Virgens Britânicas, que por sua vez é titular de 100% do capital social total da Rearden G Holdings Eíns GmbH, sociedade constituída de acordo com as leis da Alemanha, cujas subsidiárias atuam na área de refratários dolomíticos, com operações industriais na América do Norte, Europa e Ásia;

- f) Também r -jormente às Incorporações, a EDRJ91 incorporará a CRH, e, conseqüentemente, na data da Assembléia Geral Extraordinária da Magnesita que deliberar a operação de incorporação da EDRJ91 e da Mukden pela Magnesita, a totalidade das quotas da EDRJ91 será de titularidade da Magnesita; e
- g) A operação de incorporação da EDRJ91 e da Mukden pela Magnesita representará o alinhamento dos interesses dos sócios das sociedades envolvidas e proporcionará a simplificação da estrutura societária atual da Magnesita.

- OPERAÇÃO PROPOSTA E JUSTIFICAÇÃO

Este Protocolo e Justificação tem por objetivo estabelecer as condições por meio das quais a Mukden, a EDRJ91 e a Magnesita pretendem promover a reorganização societária do grupo, mediante junção das referidas sociedades, por meio da incorporação, pela Magnesita, da EDRJ91 e, ato contínuo, da Mukden, passando seus respectivos patrimônios líquidos, avaliados a valor contábil, para o patrimônio da Magnesita, que sucederá a EDRJ91 e a Mukden em todos os seus direitos e obrigações, de acordo com o art. 227 da lei nº 6.404/76.

As avaliações dos patrimônios líquidos da EDRJ91 e da Mukden, para fins dos respectivos lançamentos contábeis na Magnesita, foram realizadas a valor contábil pela empresa especializada indicada no item 3 abaixo, na data-base estabelecida no mesmo item e nos critérios previstos na Lei nº 6.404/76 para elaboração de demonstrações financeiras.

Os saldos das contas credora e devedora, que atualmente constituem os ativos e passivos da EDRJ91 e da Mukden, após a implementação das Incorporações, passarão para a Magnesita, devendo ser refletidos na contabilidade desta última, fazendo-se as necessárias adaptações. Após a implementação das Incorporações, a EDRJ91 e a Mukden extinguir-se-ão de pleno direito.

As Incorporações têm como objetivo simplificar a atual estrutura societária da Magnesita, o que resultará numa obtenção de economias e reduções de custos e, conseqüentemente, num aumento das perspectivas de lucratividade para os acionistas da Magnesita.

- DATA-BASE, DEMONSTRAÇÕES FINANCEIRAS E LAUDOS DE AVALIAÇÃO

Foi contratada a empresa APSIS Consultoria Empresarial S/C Ltda, como responsável pela elaboração (i) do laudo de avaliação patrimonial da EDRJ91; e (ii) do laudo de avaliação patrimonial da Mukden, ambos com data-base de 31 dezembro de 2007, para refletir os seguintes eventos relevantes, ocorridos entre a Data-Base e a data das efetivas Incorporações: (i) a contribuição de 54,41% da participação da CRH detida pela Rearden L holdings 2 S.À. R.L ("Rearden 2") à Purus Participações Ltda, sociedade então controlada pela Rearden 2 e pela Mukden; (ii) a contribuição da participação detida pela Rearden 2 na Purus à Mukden; (iii) incorporação da Purus pela Magnesita, originando a participação de 10,97% da Mukden na Magnesita; (iv) a contribuição da participação na LIC detida pela CRH à EDRJ91; e (v) a incorporação da CRH pela EDRJ91.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 29/09/2014 por ALBERTO PINTO SOUZA JUNIOR, Assinado digitalmente em 02/1

0/2014 por GUILHERME POLLASTRI GOMES DA SILVA, Assinado digitalmente em 28/10/2014 por ALBERTO PINTO

SOUZA JUNIOR

Os Laudos de Avaliação da EDRJ91 e da Mukden constituem, respectivamente, os Anexos I e II ao presente Protocolo e Justificação.

- DOS PATRIMÔNIOS LÍQUIDOS DA EDRJ91 E DA MUKDEN

DE ACORDO COM o Laudo de Avaliação da EDRJ91, estima-se que o valor contábil do patrimônio líquido da EDRJ91 a ser incorporado pela Magnesita seja de, pelo menos, R\$576.898.000,00, valor esse sujeito a efeitos de uma eventual variação cambial, nos termos do item 4.4 abaixo.

O valor do patrimônio líquido da EDRJ91 corresponderá, no momento de sua incorporação, exatamente à conta ativa de investimento da Magnesita, uma vez que, no momento da incorporação da EDRJ91, a totalidade das quotas de sua emissão será detida pela Magnesita. Desta forma, como consequência da incorporação da EDRJ91, operar-se-á, na contabilidade da Magnesita, mera substituição dos ativos da Magnesita representados, por sua conta de investimentos referente à participação no capital social da EDRJ91 pelos elementos ativos e passivos integrantes do balanço da EDRJ91.

A substituição de investimentos da EDRJ91 na Magnesita pelos elementos ativos e passivos constantes do balanço patrimonial da EDJ91 será realizada sem haver, ainda, alteração no valor do patrimônio líquido da Magnesita.

O valor contábil do patrimônio líquido da EDRJ91 a ser incorporado pela Magnesita poderá sofrer eventual variação entre a data de emissão do Laudo de Avaliação e a data das Incorporações em razão da variação cambial no que tange o valor em moeda corrente nacional efetivamente atribuído às ações da CRH quando da aprovação da incorporação da CRH pela EDRJ91, conforme descrito neste protocolo e Justificação.

A incorporação da Mukden pela Magnesita não resultará em alteração do capital social da Magnesita, na medida em que o acervo líquido incorporado, avaliado de acordo com o Laudo de Avaliação da Mukden, será composto apenas pelo investimento detido pela Mukden na Magnesita e o respectivo ágio, subtraído o valor da provisão de que trata o §10. do artigo 6o. da instrução CVM nº 319/99.

Na data da incorporação da Mukden pela Magnesita, o valor relativo à diferença entre o ágio e a provisão mencionados no item 4.5 acima será registrado em contrapartida de reserva especial de ágio na incorporação, constante do patrimônio líquido, a qual será objeto de capitalização na Magnesita em proveito de todos os seus acionistas ao término de cada exercício fiscal e na medida em que o benefício fiscal a ser auferido pela Magnesita em decorrência da amortização do ágio representar efetiva diminuição dos tributos pagos pela Magnesita.

- EXTINÇÃO DAS QUOTAS DA EDRJ91; RELAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO DE QUOTAS DA MUKDEN POR AÇÕES DA MAGNESITA

Não serão atribuídas ações da Magnesita aos sócios da EDRJ91, tendo em vista que a Magnesita será, no momento da Incorporação da EDRJ91, detentora da totalidade das quotas de emissão da EDRJ91. Em consequência, as 576.898.000 quotas de emissão da EDRJ91 serão extintas, procedendo-se aos necessários ajustes e adaptações nos registros contábeis da Magnesita.

Por se tratar de incorporação de companhia investida por sua investidora, no caso da EDRJ91, e de companhia investidora por sua investida, no caso da Mukden, não

deverá ocorrer cancelamento ou emissão de novas ações na Magnesita em virtude das Incorporações, tampouco devendo haver atenuação no valor do capital social da Magnesita, de forma que, ao final das Incorporações, o capital social da Magnesita permanecerá inalterado.

Em consequência da incorporação da Mukden, as 23.457.778 ações ordinárias, sem valor nominal, nominativas e escriturais de emissão da Magnesita, representando 10,97% do capital social desta última, anteriormente detidas pela Mukden, serão distribuídas, no mesmo ato da incorporação da Mukden, aos quotistas da Mukden, proporcionalmente à participação destes no capital social da Mukden.

As ações da Magnesita a serem recebidas pelos quotistas da Mukden em substituição às suas participações societárias na Mukden terão os mesmos direitos das ações de emissão da Magnesita ora em circulação, inclusive com relação a dividendos e juros sobre o capital próprio que eventualmente venham a ser declarados.

Com as Incorporações, o ágio apurado em função do investimento detido pela Magnesita na EDRJ91 no momento das Incorporações, por estar fundamentado na expectativa de resultados futuros, será registrado na Magnesita em conta de ativo intangível, sendo que esta conta será amortizada nos termos da legislação aplicável à matéria.

Para uma melhor compreensão e visualização dos fatos acima descritos elaboramos o desenho esquemático nº 5 que representa a situação no momento anterior à incorporação de CRH por EDRJ91. O desenho esquemático nº 6 representa a situação imediatamente posterior à incorporação de CRH por EDRJ91. E o desenho esquemático nº 7 representa a situação no momento anterior à incorporação de Mukden e EDRJ91 por Magnesita Refratários S/A. Já o desenho esquemático nº 8 representa a situação final após todas as operações de "reorganização societária". Os desenhos esquemáticos encontram-se anexos ao presente Termo e são parte integrante e indissociável do mesmo.

Por todo o exposto e com base em todos os desenhos esquemáticos mencionados acima verifica-se claramente que a fiscalizada primeiramente promoveu uma desorganização societária ao utilizar empresas veículo não operacionais situadas no Brasil (Mukden, Purus e EDRJ91), bem como empresas situadas em paraíso fiscal (CRH e LIC -> Ilhas virgens Britânicas) para criar uma situação complexa de aquisição de participação societária da Rearden (Grupo LWB). Após a desorganização criada e, em menos de 2 meses, tenta justificar as incorporações realizadas baseadas na premissa da reorganização societária que seria benéfica para ambos os lados (incorporada e incorporadora). Ora, se o objetivo fosse realmente uma reorganização societária não haveria motivo plausível para criação e utilização de estrutura complexa, não operacional de empresas situadas no Brasil e em paraíso fiscal. Se o objetivo é reorganizar-se societariamente para quê desorganizar-se antes? Atente-se para o fato que estamos tratando, no caso concreto, de um lapso temporal de apenas 2 meses, período no qual foi criada primeiramente a desorganização para logo em seguida reorganizar-se

Fica patente que o único objetivo de toda essa cadeia de operações estruturadas sob a figura de reorganização societária foi o desejo manifesto, patente e evidente da fiscalizada criar ágio em diversas empresas para posteriormente, através da complexa estrutura de reorganização societária com diversas incorporações e aumentos de capital, utilizar-se das despesas de amortização desse ágio para reduzir seu Lucro Líquido e, por decorrência, seu Lucro Real. Não houve o devido ajuste, na forma de adição ao Lucro Líquido, na apuração do Lucro Real e sendo assim, a fiscalizada acabou lesando os cofres públicos ao criar estrutura organizacional complexa e artificial¹ para tentar justificar o direito ao benefício fiscal que poderia decorrer de operações normais com lucro no artigo 386 do RIR/99.

A comparação entre os desenhos esquemáticos nº 2 e 8 revela-nos que o objetivo final era a aquisição da Rearden (Grupo LWB) pela Magnesita Refratários S/A mediante a cessão de 10,97% de seu capital e mais um montante em dinheiro.

Não havia necessidade alguma que justificasse a criação e utilização de diversas empresas veículo para que a referida operação de compra e venda de participações societárias se consumasse.

O único e real motivo para a criação dessa complexa estruturação da operação foi a geração final de um ágio no valor de R\$609.580.259,00 contabilizado em Magnesita Refratários S/A, cujas despesas de amortização estão por reduzir o Lucro Líquido do contribuinte sem que o mesmo promova o devido ajuste através da adição dessas parcelas que seriam impositivas por lei. Ou seja, a fiscalizada criou toda a desorganização societária com posterior reorganização societária apenas e tão somente para fazer surgir um enorme ágio de R\$609.580.259,00 e tentar dar a aparência de legalidade da dedutibilidade do mesmo através das diversas incorporações realizadas.

Restou caracterizada a absoluta falta de substância econômica e propósito negocial na operação descrita de criação de ágio em empresa veículo e, portanto, nenhum benefício fiscal pode ser usufruído dado às artificialidades que permearam todo o processo de desorganização/reorganização societária.

- DA QUALIFICAÇÃO DA MULTA DE OFÍCIO.

As condutas praticadas, aliadas à total falta de propósito negocial, apenas e tão-somente para fazer surgir ágio amortizável para reduzir o montante dos tributos devidos, combinado com tudo o que foi exposto no TVF, caracterizam o evidente intuito de fraude, como previsto nos arts. 71 e 72, da Lei nº 4.502, de 1964, o que impõe a qualificação da multa nos termos do §1º, art. 44, da Lei nº 9.430/96 (com redação dada pela Lei nº 11.488/2007).

Em relação ao valor do ágio de R\$ 609.580.259,00 em decorrência da operação realizada no final de 2008, serão objeto de lançamento de ofício com a qualificação da multa.

- DAS EMPRESAS VEÍCULO UTILIZADAS NAS OPERAÇÕES DE AQUISIÇÃO COM ÁGIO

MUKDEN PARTICIPAÇÕES LTDA – sociedade constituída em 22/11/2007. Empresa da Rearden 2 (Grupo Rhone), o qual negociou a REarden com a Magnesita. Rearden 2 detêm 99,99% do capital da Mukden, sociedade não operacional que tem como único ativo a participação majoritária da Purus.

Apresentou DIPJ de 2007 como inativa e de 2008 com receita bruta de R\$ 0,00.

A única despesa refere-se a provisão de R\$ 172.518.863,96, ou seja, uma empresa que nunca foi operacional e foi usada apenas como veículo para contabilização de um ágio que posteriormente seria incorporada pela Magnesita para futura amortização do ágio que em verdade não poderia ser utilizado por absoluta falta de substância econômica e propósito negocial.

A operação teve como único intuito a geração do ágio na Mukden que pudesse posteriormente ser utilizado pela Magnesita. O ágio resultante desta operação foi de R\$ 261.392.218,12, conforme abaixo:

Valor de Aquisição	R\$ 487.592.254,00
(-) PL da Magnesita proporcional (10,97%)	R\$ 226.200.035,88
Ágio na aquisição de 10,97% da Magnesita	R\$ 261.392.218,12

PURUS PARTICIPAÇÕES LTDA - sociedade constituída em 27/11/2007. Empresa da Rearden 2 (Grupo Rhone), controlada 100% pela Mukden e que teve uma integralização de capital de 54,41% da Caribbean Refractories Holdings (CRH).

A PURUS é uma sociedade não operacional que tinha como únicos ativos R\$ 1.000,00 em moeda corrente e 54,41% da CRH, os demais 45,59% seriam detidos pela Magnesita no momento da incorporação. Esses 45,59% da CRH foram adquiridos pela Magnesita por 150.000.000,00 de Euros.

Apresentou DIPJ de 2007 como inativa e de 2008 com receita bruta de R\$ 0,00.

A única despesa refere-se a provisão de R\$ 166.937.856,43, ou seja, uma empresa que nunca foi operacional e foi usada apenas como veículo para contabilização de um ágio que posteriormente seria incorporada pela Magnesita para futura amortização do ágio que em verdade não poderia ser utilizado por absoluta falta de substância econômica e propósito negocial.

A operação teve como único intuito a geração do ágio na Mukden que pudesse posteriormente ser utilizado pela Magnesita. O ágio resultante desta operação foi de R\$ 166.937.856,43, conforme abaixo:

Valor de Aquisição	R\$ 487.591.254,00
(-) PL da Magnesita proporcional (10,97%)	R\$ 320.653.397,57
Ágio na aquisição de 10,97% da Magnesita	R\$ 166.937.856,43

Não bastasse a total falta de propósito na operação acima descrita, a dedutibilidade está condicionada ao investimento adquirido com ágio em empresa que é posteriormente incorporada por sua investidora, conforme mandamento legal (artigo 386 do RIR/99) anteriormente tratado neste Termo de Verificação.

O que foi constatado nesta operação foi que a Rearden 2 aumentou capital na Purus com 54,41% da CRH, ou seja, a Purus detinha investimentos na CRH adquiridos com ágio. Então o eventual direito de amortizar o ágio pertenceria à Purus caso essa incorporasse a CRH ou vice-versa. A Magnesita Refratários S/A, ao incorporar a Purus é terceira alheia a este benefício fiscal. Se o ágio já se encontra contabilizado no investimento que Purus detém em CRH, então, ao incorporar a Purus este investimento passa a fazer parte dos ativos da Magnesita Refratários, porém sem o direito de aproveitamento do benefício fiscal de amortização do ágio, haja vista que o investimento inicial com ágio não havia sido realizado por ela, mas sim por Purus.

O modo operado pelo contribuinte para tentar se enquadrar nas condições previstas em Lei foi a utilização de uma empresa veículo no Brasil, a EDRJ91, a qual receberia

um aumento de capital da CRH com cotas da LIC. Ato contínuo a EDRJ91 incorporaria a CRH para, no mesmo momento ser incorporada pela fiscalizada.

Desta forma as parcelas adquiridas com ágio referentes aos 45,59% da CRH (adquirida diretamente pela fiscalizada) e referente aos 54,41% da CRH (via incorporação da Purus) compuseram o total do ágio no valor de R\$ 309.985.589,46, sendo R\$ 143.047.733,03 relativos à aquisição de 45,59% da CRH e R\$ 166.937.856,43 relativos à aquisição de 54,41% da CRH.

Este mesmo valor de ágio total criado nessas duas operações (R\$309.985.589,46) consta no item 12 da resposta do contribuinte ao Termo de Intimação nº 2 como sendo o ágio apurado na aquisição da EDRJ91, ou seja, a EDRJ91 foi a empresa veículo no Brasil utilizada pela fiscalizada para tentar dar aparência de legalidade à dedutibilidade do ágio.

EDRJ91 PARTICIPAÇÕES LTDA - sociedade constituída em 11/04/2007, não operacional.

Apresentou DIPJ de 2007 com receita bruta de R\$ 0,00 e despesa de R\$ 371,90 e em 2008 com receita bruta de R\$ 0,00.

Na DIPJ 2008 figura como representante legal o mesmo Sr. Eduardo Duarte, CPF- 024.974.417-15 , enquanto que como responsável pelo preenchimento, já figura o Sr. Afonso Celso de Resende, CPF- 558.646.196-04, funcionário da fiscalizada Magnesita Refratários S/A.

Consta ainda nessa DIPJ que o sócio seria a Pessoa Jurídica Magnesita Refratários S/A - CNPJ-08.684.547/0001-05 domiciliada no Brasil com 100% de participação.

Como participação permanente em coligada/controlada e no exterior consta na DIPJ da EDRJ91 a informação de participação societária de 100% na LWB Island Company Ltd (LIC), com valor de R\$651.698.641,70. Este valor teria sido o resultado do aumento de capital realizado pela CRH na EDRJ91, com o investimento que aquela detinha na LIC.

Consta também a informação de incorporação por Magnesita Refratários S A em 19/12/2008 e também de que o número de empregados seria 0 (zero).

Apesar de ter sido incorporada pela Magnesita em 19/12/2008, conforme AGE da MRSA realizada neste mesmo dia, a EDRJ91 apresentou nova DIPJ no ano de 2009 referente ao ano-calendário de 2008, com informações que seguiam a lógica da declaração relativa ao ano-calendário de 2007, ou seja, desconsiderou os eventos de aumento de capital realizado com a participação societária da CRH e desconsiderou também que havia sido incorporada pela fiscalizada.

Vale dizer, uma empresa que já não mais existiria no mundo jurídico em virtude de ter sido incorporada, entrega uma DIPJ de 2008, onde houveram os eventos societários já citados, com informações totalmente discrepantes com as DIPJ dos eventos especiais como incorporadora e incorporada.

Esta DIPJ foi entregue, pois eram tantas as empresas de prateleira do Sr. Eduardo Duarte, que este perdeu o controle das que havia cedido para terceiros a usarem. Em

seu descontrolado entregou uma DIPJ de empresa já extinta por ter sido incorporada em 19/12/2008. Esse fato somente demonstra que a EDRJ91 nada mais foi que uma empresa veículo de ágio utilizada para beneficiar a fiscalizada.

Através do Termo de Intimação nº 5 foram solicitados os Livros Fiscais e contábeis da EDRJ91 dos anos de 2007 e 2008. Em resposta, a fiscalizada não entregou nenhum Livro tendo apenas juntado para 2007 quatro folhas avulsas da Demonstração do Resultado do Exercício, Ativo, Passivo e Patrimônio Líquido e para 2008 também nenhum Livro e apenas uma folha demonstrando o prejuízo do período.

Ainda, atendendo a intimação nº 5, o contribuinte apresentou extrato da movimentação bancária da EDRJ91 em 2008, onde se percebe claramente que o saldo da conta bancária da empresa era de R\$0,00 em 17/12/2008. Em 18/12/2008 há o trânsito a débito e a crédito de mais de R\$700.000.000,00, resultado do aumento de capital realizado pela CRH na EDRJ91 através do investimento que aquela detinha na LIC. Em 19/12/2008, o saldo da conta bancária da EDRJ91 já é de R\$0,00 novamente, vale dizer, esta empresa foi utilizada por 1 dia apenas para receber o aumento de capital vultoso, sendo, no dia seguinte (19/12/2008), incorporada por Magnesita Refratários S/A.

A EDRJ91 nunca foi uma empresa operacional e apenas foi usada como veículo de transporte dos ágios apurados nos investimentos realizados pela fiscalizada quando da aquisição direta de 45,59% da CRH e indireta de 54,41% da CRH (via incorporação da Purus), os quais, após a incorporação da CRH pela EDRJ91 e da EDRJ91 pela Magnesita Refratários S/A, seriam objeto de futura amortização e fruição de benefício fiscal que em verdade não poderia ser utilizado por absoluta falta de substância econômica e propósito comercial na operação descrita de criação de ágio por investimento em empresa veículo.

Além disso, caso o contribuinte queira sustentar que o ágio no valor de R\$309.985.589,46 seja referente à aquisição da EDRJ91 pela Magnesita Refratários S/A, como informado no item 12 de sua resposta ao Termo de Intimação nº 2, cabe salientar que a fiscalizada já detinha a total participação societária das empresas envolvidas na geração do ágio, ou seja, 100% da EDRJ91 Participações Ltda e 100% da CRH e da LIC já pertenciam à fiscalizada Magnesita Refratários S/A no momento do nascimento deste ágio, ou seja, um ágio de si mesma.

Essa criação de ágio em empresa veículo dentro do mesmo grupo é conhecido como ágio interno, intragrupo e não pode ser aceito por esta fiscalização por faltarem os requisitos necessários da independência e não relacionamento das partes envolvidas na operação.

Resta claro, assim, que o nascimento do ágio no valor de R\$ 309.985.589,46 não ocorreu por ocasião da incorporação da EDRJ91 por Magnesita Refratários S/A, mas quando da aquisição direta de 45,59% por MRSA e de 54,41% da CRH por Purus e portanto não poderia reduzir o lucro real pela amortização de um ativo inexistente.

CARIBBEAN REFRACTORIES HOLDINGS LTD. (CRH) - sociedade não operacional constituída de acordo com as leis das Ilhas Virgens britânicas, com sede em Kingston Chambers.

Esta empresa foi criada única e exclusivamente para atender aos propósitos da fiscalizada na operação de aquisição das unidades operacionais da Rearden 2. Aumentou capital na LIC com os ativos operacionais da Rearden (Grupo LWB). Posteriormente, após aumentar capital em EDRJ91 com 100% das cotas de LIC que lhe pertenciam, foi incorporada por EDRJ91 como parte do esquema de utilização do benefício

fiscal de amortização do ágio dos percentuais de 45,59% e 54,41% relativas às aquisições dos investimentos com ágio em CRH realizados respectivamente pela fiscalizada e por Purus (a qual posteriormente foi incorporada pela fiscalizada).

Conforme Protocolo e Justificação de Incorporação da Purus Participações Ltda pela Magnesita Refratários S.A. datado de 19/10/2008, a CRH teria como únicos ativos, no momento da Incorporação: (i) a participação de 100% do capital total da LWB Island Company Ltd.(LIC), que por sua vez seria titular de 100% no capital social da rearden; (ii) um recebível no valor de 108 milhões de Euros, correspondente ao Shareholder Loan, conforme definido no Transaction Agreement, e (iii) um montante de 150 milhões de Euros depositados em uma conta vinculada (escrow account) de titularidade da CRH, que permanecerão bloqueados até a efetivação da Incorporação.

A escrow account pode ser entendida como uma conta para facilitar operações de compra e venda, sucessão societária e trespasse, reduzindo os riscos. Trata-se de contrato tripartite, envolvendo o vendedor, o adquirente e o banco. O Banco abre uma conta 'Escrow' em que o adquirente depositará parte do preço que serviu como garantia até a concretização final da operação. Durante o período, surgindo passivos trabalhistas, tributários ou de credores anteriores à sucessão, o Banco liberará a quantia comprovada, garantindo tranquilidade ao adquirente. Finalizado o período determinado, o banco paga o saldo remanescente ao vendedor como parte do preço.

Ou seja, os 150 milhões de Euros depositados pela fiscalizada para a CRH seriam, em verdade, o pagamento de 45,59% da CRH, uma vez que esta última empresa detinha em seu patrimônio os ativos operacionais das unidades da Rearden, vale dizer, a fiscalizada adquiriu da Rearden 2 (Grupo Rhône), pelo preço de 150 milhões de euros 45,59% das unidades operacionais da Rearden (Grupo LWB) sendo que a empresa holding utilizada para tal finalidade foi a CRH.

Os outros 54,41% da CRH foram primeiramente integralizados pela Rearden 2 em uma empresa no Brasil (Purus), a qual posteriormente foi incorporada pela fiscalizada que em contrapartida cedeu 10,97% de seu capital social aos acionistas da Rearden 2. Ao final, a Magnesita Refratários S/A ficou com 100% da CRH, ou seja, ficou com os ativos operacionais da Rearden (grupo LWB), enquanto que a vendedora, Rearden 2, ficou com 10,97% do capital social da Magnesita Refratários S/A e mais uma quantia em dinheiro.

Em outras palavras, a negociação envolveu a transferência do controle e de 100% das ações da Rearden, e conseqüentemente de suas subsidiárias operacionais, para a Magnesita Refratários S.A, sendo que a contrapartida da Magnesita Refratários foi o pagamento do valor de Eur 150 milhões por 45,59% da CRH, que controlava a Rearden, enquanto que pelos 54,41% restantes da CRH (adquiridos através da incorporação da empresa Purus Participações Ltda) foi paga a quantia de R\$ 487,6 milhões, através da entrega de 23.457.778 ações ordinárias de emissão da Magnesita Refratários S.A, que equivalem a 10,97% do seu capital social total.

LWB ISLAND COMPANY LTD (LIC) - sociedade não operacional constituída de acordo com as leis das Ilhas Virgens Britânicas. Titular de 100% no capital social da Rearden através do aumento de capital realizado por CRH com os ativos operacionais da Rearden.

O capital social da LIC, em 31/10/2008, era apenas de 1 euro e, após aumento de capital da CRH, em 05/11/2008, o capital passou para 210.700.000 Euros.

- DA APURAÇÃO DOS VALORES LANÇADOS.

Os diversos valores de ágio mencionados e contabilizados gerara despesas com amortização que não foram adicionadas na apuração do lucro real, nos anos-calendário de 2008 e 2009.

Em janeiro de 2008, houve a devida adição da parcela de R\$ 8.343.761,86 relativa à amortização do ágio, uma vez que nenhuma incorporação havia sido realizada. Já em fevereiro e nos meses subseqüentes o contribuinte não efetuou qualquer adição dos valores com despesas de amortização de ágio.

Para o ano-calendário de 2008, foi elaborada planilha que discrimina os diversos ágios contabilizados em função da aquisição direta e indireta da Magnesita S/A por Rpar Holding S/A, copilados, mês a mês, os valores totais dos ágios e das amortizações que o contribuinte deixou de adicionar na apuração do lucro real. Ressalta-se que o ágio decorrente da aquisição de ações Magnesita S/A – Finor começou a ser amortizado em abril de 2008 e as despesas acessórias com a operação foram amortizadas contabilmente apenas em junho de 2008.

Para o período coberto pela DIPJ 1896657 (06/11/2008 a 19/12/2008 – evento especial incorporação), foram glosadas despesas no valor de R\$ 2.140.000,00 com a conseqüente redução dos prejuízos fiscais e da base de cálculo negativa da CSLL (ambos para R\$ -18.471.499,03).

Da mesma forma, foi elaborada planilha para o ano-calendário de 2009, que discrimina os mesmos ágios mencionados na planilha anterior e aqueles oriundos da aquisição da Rearden pela Magnesita Refratários S/A, amortizados a partir de janeiro à razão de 1/120, por mês. As parcelas de despesas com amortização da Rearden estão sujeitas à multa qualificada.

Ainda em 2009, em face das alterações promovidas pelas Leis 11.638/2007 e 11.941/2009, o contribuinte, optante do RTT, realizou ajustes ao lucro líquido contábil via FCONT, informando e incluindo os lançamentos fiscais relativos à amortização do ágio das seguintes parcelas:

- a) R\$ 29.959.467,02 referente ao ágio Mukden;
- b) R\$ 34.428,91 referente às despesas com a operação de incorporação da Magnesita S/A;
- c) R\$ 256.988.147,65 referente ao ágio da aquisição das ações de Partimag e Magnesita S/A;
- d) R\$ 30.998.558,97 referente ao ágio da CRH/EDRJ91.

O total informado no FCONT e que deixou de ser adicionado ao lucro líquido foi de R\$ 317.980.602,55.

Houve ainda uma exclusão indevida na DIPJ de 2009, no valor de R\$ 6.313.607,40, para a apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL.

Intimado o contribuinte manifestou-se no sentido que a exclusão era oriunda do valor que estava sendo controlado na parte B do Lalur da Rpar Holding S/A antes da incorporação da Magnesita S/A.

Em resumo, em 2009, conforme planilha, as despesas com amortização do ágio foram de R\$ 324.294.209,95, da seguinte forma:

- a) R\$ 317.980.602,55 correspondente a lançamentos de ajustes do RTT via FCONT e que não foram adicionados na apuração do IRPJ e da CSLL;
- b) R\$ 6.313.607,40 correspondente a exclusão do lucro real e da base de cálculo da CSLL.

Estes valores foram lançados através do auto de infração

- DA MULTA ISOLADA PELA FALTA/INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTOS DAS ESTIMATIVAS.

Em razão das infrações apuradas, a Fiscalização recompôs a base de cálculo das estimativas mensais do IRPJ e da CSLL que resultou na constatação da falta/insuficiência de recolhimento dessas estimativas em diversos meses dos anos-calendário de 2008 e 2009.

A Fiscalização informou acerca da Representação Fiscal para Fins Penais, tendo em vista que ocorreu a hipótese prevista no art. 2º, inciso I, da Lei nº 8.137/1990.

Tendo sido cientificado do auto de infração em 26/12/2011, o sujeito impugnou o lançamento tempestivamente alegando em síntese que:

- que o ágio ou deságio gerado em operações, como as ocorridas no presente caso, decorre da diferença entre o valor de aquisição e o valor patrimonial das ações adquiridas, quando se adota o método da equivalência patrimonial, previsto no art. 248, da Lei nº 6.404, de 1976.

- que a Lei das S/A não abordou expressamente a temática do ágio na aquisição de participação societária, mas a sua contabilização deve estar em conformidade com os princípios de contabilidade geralmente. Neste sentido, tem-se a Instrução CVM nº 247/96.

- que, diante dessa legislação, a Rpar Holding desdobrou o valor total do custo de aquisição das ações da Magnesita em valor do investimento pela equivalência patrimonial e ágio, conforme restou, inclusive, demonstrado pelo próprio Fisco no TVF.

- que especificamente quanto ao fundamento econômico para o registro do ágio, a legislação citada determina a indicação em conformidade com os seguintes critérios: **(i)** valor de mercado de ativos; **(ii)** expectativa de rentabilidade futura; ou **(iii)** fundo de comércio, intangíveis ou outras razões econômicas.

- para os dois primeiros fundamentos, a lei determina que o contribuinte deverá arquivar um demonstrativo do comprovante da escrituração. Ocorre que a legislação fiscal (i) não definiu a forma pela qual este demonstrativo deveria ser elaborado, (ii) tão pouco exigiu a existência de um laudo com tais e quais requisitos e (iii) também foi omissa com relação ao momento em que o demonstrativo deveria ser formalizado.

- que não possuem qualquer relevância as alegações do Fisco no sentido que o Relatório do Banco Real “*não possui data específica e menciona genericamente agosto*”

de 2007” e “*não possui assinatura nem indica o nome dos responsáveis*”. A legislação fiscal exige que exista um demonstrativo do fundamento econômico para a aquisição, com substância suficiente para comprovar o real intuito do adquirente e no presente caso, este requisito foi plenamente preenchido e devidamente comprovado durante a fiscalização.

- que é inverossímil imaginar qualquer alegação no sentido que a GP Investments não teria realizado nenhum estudo interno acerca da expectativa de rentabilidade futura da empresa adquirida para suportar o preço pago.

- efetivamente, a Rpar adquiriu e pagou pela Magnesita o preço que espelhava a sua rentabilidade futura.

- que o estudo interno (Demonstrativo), elaborado em julho de 2007, já era suficiente para justificar e demonstrar o fundamento econômico para a aquisição da Magnesita.

- que a GP, por prudência e conservadorismo, optou por validar o referido estudo por meio da análise de um Banco com vasta experiência na avaliação de empresas (Banco Real). Portanto, o Relatório do Banco Real confirma o resultado obtido internamente pela GP Investments, sendo também instrumento hábil a demonstrar o fundamento econômico para a aquisição da Magnesita, com base na expectativa de rentabilidade futura.

- que o ágio pago com base na expectativa de rentabilidade futura baseou-se, principalmente, na mudança de gestão, fundamento econômico que foi demonstrado por documentos hábeis e idôneos.

- que à alegação do Fisco que “*o Relatório foi elaborado posteriormente à aquisição*”, não procede já que este requisito não está previsto em lei e é inverossímil que a GP Investments não tivesse realizado estudo prévio da rentabilidade futura antes da compra.

- que é obvio que o relatório do Banco Real, foi precedido pelos estudos internos, elaborados pelos compradores, os quais já destacavam o preço da negociação com base na rentabilidade futura projetada.

- que o argumento do Fisco que “*não houve isenção e independência*”, essa condição também não é requisito legal exigido pela legislação fiscal. O fundamento econômico para a aquisição está necessariamente vinculado ao subjetivismo do adquirente, pois somente ele pode definir o conjunto de variáveis que lhe garantirá a expectativa de rentabilidade futura. A avaliação de rentabilidade futura possui critérios objetivos e subjetivos.

- quanto à alegação do Fisco que “*o Banco Real não fez a conferência das informações fornecidas pelo adquirente e se eximiu de responsabilidade pelos resultados dessas informações*”, também não procede já que a contabilidade da Magnesita à época passava por um rigoroso processo de auditoria externa, os lançamentos contábeis também foram objeto de declaração para a RFB, ou seja, possuíam elevado grau de confiabilidade.

- que o Laudo de Avaliação da Deloitte seguiu a IN/CVM nº 361/02, pois foi elaborado para fins de informação ao mercado de capitais, em razão das OPA's que foram realizadas para aquisição das ações dos minoritários; já o relatório do Banco Real foi realizado com intuito de validar os estudos internos (Demonstrativo Interno) da GP Investimentos acerca da expectativa de rentabilidade futura na aquisição do controle da Magnesita.

- que à questão da responsabilidade pelos resultados, não são necessárias grandes explicações acerca da fragilidade do argumento. Trata-se de uma “expectativa”, algo que “se espera”, uma “esperança”. Caso a rentabilidade futura fosse certa e garantida, não seria uma expectativa e sim uma “previsão do futuro”.

- que no ano base de 2008, os valores apurados foram superiores aos projetados, ratificando-se assim a “expectativa” (i) 15% maior que o projetado pelo Banco Real e (ii) 65% maior do que o projetado pela Deloitte.

- que apesar de não haver qualquer exigência na legislação fiscal como requisito, o Banco Real era de fato uma parte independente contratada para assessorar a GP Investments na operação de aquisição da Magnesita.

- quanto à alegação do Fisco que o Relatório do Banco Real foi elaborado com o único intuito de fundamentar o ágio, ressalta que esse Relatório teve dois objetivos: (i) confirmar os estudos internos feito pela GP Investments acerca da expectativa de rentabilidade futura da Magnesita e (ii) servir de suporte demonstrativo para a contabilização do ágio, conforme expressa exigência da lei (§3º do art. 20 do DL nº 1.598/77). Dessa forma, a contratação do Relatório não foi exclusivamente para fins fiscais, embora essa fosse uma importante exigência da própria legislação tributária.

- que não há como prosperar o questionamento do Fisco em relação a validade formal do “demonstrativo” de fundamento econômico do ágio calcado na expectativa de rentabilidade futura já que foi devidamente comprovado por meio de estudo interno elaborado pela GP Investments e validado por relatório do Banco Real.

- que além do demonstrativo utilizado para comprovar a expectativa de rentabilidade futura (Relatório do Banco Real, que apurou o valor de R\$ 3,208 bilhões), existem outros 2 laudos, elaborados pela Deloitte (que apurou o valor de R\$ 1,710 bilhão) e pela Apsis (que apurou R\$ 1,233 bilhão).

- que ante a apresentação de três valores distintos, o Fisco presumiu, precipitadamente, que o Relatório elaborado pelo Banco Real não poderia ser aceito como prova da rentabilidade futura. Ocorre que são laudos distintos com diferentes finalidades, mas todos válidos e legítimos para as respectivas finalidades a que se destinaram.

- que é importante descartar o grande equívoco cometido pelo Fisco ao afirmar que, nos termos da IN/CVM nº 247/96, o ágio pago com base na expectativa de rentabilidade futura somente seria o valor correspondente à diferença entre: (i) o valor pago e (ii) o valor de mercado das ações da Magnesita S/A na bolsa de valores na data de aquisição.

- o ágio não decorre da diferença entre o valor pago e o valor de mercado das ações. Trata-se de metodologia completamente estranha à prevista em Lei. A alínea “a” do § 2º do art. 20 do DL nº 1.598/1977, determina que o lançamento do ágio indicará como fundamento econômico “a) o valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade”. A redação do dispositivo é muito clara: o valor de mercado que poderá justificar o ágio é aquele atribuído aos bens do ativo da companhia.

- resta assim configurado o equívoco do Fisco, ao utilizar como parâmetro para determinar o valor de mercado como sendo o preço médio ponderado em pregões da

BOVESPA. Ocorre que esse é o valor de mercado das ações da própria Magnesita, as quais representam ativos para outras pessoas (os seus acionistas), ou seja, de acordo com o raciocínio do Fisco, as ações da Magnesita seriam ativos da própria Magnesita, o que não pode ser aceito.

- que ainda que fosse possível adotar o critério do Fisco, não possui previsão legal a tese de que o registro do fundamento econômico do ágio deve seguir os “degraus de uma escada”, devendo a aquisição considerar obrigatoriamente o valor de mercado de bens do ativo.

- evidencia, citando a legislação fiscal pertinente, o lançamento do ágio deverá indicar um DENTRE os três fundamentos: (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.

- como se percebe, a legislação fiscal não estabelece a obrigatoriedade de consideração de todos os critérios mencionados, mas ao menos um “dentre” eles, sem ordem lógica ou pressuposta para a atribuição destes fundamentos. Tal determinação nem seria possível, pois o fundamento econômico para a atribuição de valor às ações a serem adquiridas decorre de decisão única e exclusiva do adquirente (trata-se do motivo determinante para realização do negócio), é uma prerrogativa negocial.

- que caso se entenda haver a obrigatoriedade de indicação do valor de mercado dos bens do ativo, de forma individualizada, verificase que o Fisco incorreu em evidente erro na apuração da base de cálculo dos tributos exigidos. Isso porque, ao se individualizar o ágio pago ao valor de mercado dos bens do ativo, o Fisco deveria ter considerado o regime tributário aplicável a cada um desses bens, como o direito à depreciação e à exaustão, conforme o caso.

- ou seja, caso fosse obrigatória a individualização do valor de mercado dos bens do ativo, certamente se verificaria um equívoco nas bases de cálculo apuradas, o que tornaria ilíquido e incerto o crédito tributário lançado.

- combate a alegação do Fisco que as ações da Magnesita S/A que pertenciam aos antigos controladores e estavam gravadas com cláusula de intransferibilidade e foram adquiridas posteriormente à incorporação da Magnesita, motivo pelo qual o ágio gerado nesta aquisição não seria amortizável. Na verdade, as ações foram adquiridas em setembro de 2007 dos antigos controladores, conforme *Share Purchase Agreement* o que evidencia que a aquisição ocorreu anteriormente à incorporação da Magnesita, mesmo que o cumprimento da condição resolutiva somente tenha ocorrido posteriormente.

- assim, a Rpar contabilizou essa aquisição de ações em setembro de 2007, incluindo o ágio gerado como realizável a longo prazo, uma vez que o pagamento ocorreu nesta mesma data, por meio de um depósito bloqueado cuja liberação estava condicionada à eliminação da cláusula de intransferibilidade do FINOR, portanto também não assiste razão ao Fisco neste ponto.

- combate a afirmação do Fisco que o principal motivo da incorporação da Magnesita S/A e da Partimag S/A pela Rpar Holding S/A foi a amortização fiscal do ágio. A operação teve por finalidade (i) simplificar a estrutura societária do grupo; (ii) introduzir no grupo melhores práticas de governança corporativa, (iii) promover o ingresso da Rpar Holding no segmento do Novo Mercado da BMF&BOVESPA e (iv) como consequência, aproveitar

fiscalmente o ágio pago pela Rpar Holding na aquisição da Magnesita. Ou seja, o aproveitamento fiscal do ágio era uma consequência, mas não o principal motivo.

- ressalta que a incorporação da Magnesita S/A pela Rpar Holding não foi o caminho mais fácil e direto. Na verdade, se o objetivo fosse exclusivamente a economia fiscal, teria sido adotada a estrutura mais simples que era a incorporação da Rpar Holding pela Magnesita, pois era esta que exercia a atividade operacional e possuía todos os registros e autorizações necessários, os quais tiveram que ser obtidos posteriormente em nome da Rpar Holding.

- conclui, que o ágio pago foi fundamentado na expectativa de rentabilidade futura da Magnesita S/A.

- no que tange à segunda operação questionada pelo Fisco (que glosou as despesas com amortização do ágio pago em 2009 na aquisição de empresas estrangeiras), restará comprovado que a forma jurídica adotada pela Impugnante, para a aquisição dessas empresas, foi a mais direta, correta e adequada para atingir seu objetivo final: a expansão das atividades no mercado internacional de refratários, com o consequente aproveitamento do ágio decorrente dessa aquisição.

- esta operação não pode ser analisada simplesmente do ponto de vista dos atos societários considerados isoladamente.

- a negociação cujo objetivo da Magnesita Refratários S/A foi adquirir um conjunto de empresas estrangeiras (atuantes no mercado de refratários básicos de produtos dolomíticos de alto valor agregado) que representavam um complexo conglomerado, controlado pelo Grupo Rhône e estavam centralizadas na empresa alemã Rearden L Holding 1S "Rearden".

- pela aquisição, a Magnesita iria realizar o pagamento em duas partes: (a) uma em dinheiro; e outra (b) em ações de emissão da própria Magnesita. (ii) Estrutura societária inicial.

- o pagamento de parte do preço mediante a emissão de ações não é um procedimento simples, porque a Impugnante é uma companhia de capital aberto e, portanto, se o caminho escolhido tivesse sido a simples emissão de novas ações para entregá-las ao Grupo Rhône, deveria ser aberto o direito de preferência aos acionistas minoritários (conforme art. 171 da Lei das S/A), o que inviabilizaria a negociação.

- dessa forma, o caminho mais simples e lógico foi a capitalização do investimento em uma nova empresa, que seria incorporada pela Magnesita com a entrega das novas ações aos titulares das ações incorporadas (Grupo Rhône).

- o motivo porque não se realizou a incorporação direta da Rearden pela Impugnante foi o fato que aquela empresa possuía outras atividades operacionais, empregados e passivos não relacionados ao simples controle acionário do conjunto de empresas adquiridas, o que não era desejado pela Impugnante.

- além disso, a Rearden é uma empresa sujeita à legislação alemã, uma das mais burocráticas e complexas do mundo. A sua incorporação pela Impugnante iria gerar um custo adicional desnecessário à operação.

- para a realização do negócio pretendido, o Grupo Rhône criou uma estrutura societária, que diferentemente do que entendeu o Fisco, foi criada para viabilizar a

operação conforme exigência dos vendedores (Grupo Rhône). Não obstante, a Impugnante não tinha qualquer motivo para se opor à sua realização.

- neste sentido, destaca o papel e a função das quatro empresas criadas pelo Grupo Rhône para a implementação da venda:

- A. Mukden Participações Ltda. (“Mukden”): empresa *holding* brasileira constituída com o intuito de centralizar o investimento do Grupo Rhône na Magnesita.

- B. Purus Participações Ltda. (“Purus”): empresa constituída para a transferência da parcela paga por meio da entrega de ações da Impugnante.

- C. Caribbean Refractories Holdings Ltda. (“CRH”): empresa *holding* constituída para receber a parcela em dinheiro paga pela Impugnante. Foi feito depósito em conta garantida (conta *escrow*), que somente seria transferido quando houvesse a incorporação da Purus pela Impugnante, finalizando a aquisição.

- D. LWB Island Company Ltd. (“LIC”): empresa constituída para ser a nova *holding* do conglomerado adquirido, passou a exercer o objeto exclusivo de participação societária, evitando a contaminação de suas atividades com outras atividades.

- que apesar de não ter sido objeto de questionamento, os valores pagos foram fundamentados na expectativa de rentabilidade futura das empresas adquiridas, o que está demonstrado por meio dos Laudos de Avaliação apresentados ao Fisco.

- que as operações realizadas, em conjunto, foram completamente usuais, normais e necessárias para adquirir as empresas estrangeiras do mercado de refratários e expandir internacionalmente os seus negócios.

- que não poderá prevalecer a multa agravada no percentual de 150%, porque, além de não ter ocorrido nenhum dos fatos ensejadores à aplicação da multa agravada, em momento algum o Fisco comprovou a prática de qualquer conduta dolosa pela Impugnante.

- que não foi feita qualquer prova da suposta conduta ilícita praticada pela Impugnante, motivo suficiente ao cancelamento da penalidade agravada.

- cita excertos doutrinários e jurisprudência administrativa do antigo Conselho de Contribuintes acerca da necessidade de prova cabal do dolo específico ou elementos de provas suficientes, para exigência da multa agravada.

- resume, que prestou informações e forneceu documentos à Fiscalização, sem retardar, impedir, atrapalhar, nem confundir o trabalho fiscal, que todos os atos societários foram devidamente registrados e arquivados nas respectivas Juntas Comerciais e declarados ao Fisco Federal, e, que sempre diligenciou para conferir transparência nas informações.

- que o art. 386 do RIR/1999, não restringe a transferência do ágio, como pretendeu indicar o Fisco no caso do ágio registrado na Purus.

- destaca também o equívoco cometido pela Fiscalização ao considerar a duplicidade entre o ágio gerado na Purus e o ágio contabilizado pela Mukden.

- diz, que com a incorporação da Purus pela Impugnante, a Mukden adquiriu as ações da Magnesita, com um ágio de R\$ 261,392 milhões, proveniente da diferença

entre o patrimônio líquido da Impugnante transferido à Mukden em confronto com o valor do patrimônio líquido da Purus .

- que o ágio registrado pela Purus foi auferido com base na aquisição de participação societária na CRH, integralizada pela Rearden 2, por outro lado, o ágio registrado pela Mukden refere-se à aquisição de ações da própria Impugnante, em razão da incorporação por ela da Purus.

- que na incorporação da Purus a Impugnante figura como controladora, já no ágio da Mukden a Impugnante figura como controlada.

- que a Fiscalização analisou a operação de incorporação da EDRJ91 e concluiu, pela não aceitação do ágio amortizado pela Impugnante com base no art. 386, do RIR/1999. Mas que, no entanto, no caso da EDRJ91 é ainda mais absurda a alegação do Fisco de que *“a fiscalizada nunca incorporou a CRH, empresa na qual detinha participação societária adquirida com ágio. A CRH, (...), foi incorporada por EDRJ91 e a partir deste momento a CRH extingui-se de pleno direito, assim como qualquer eventual direito de amortização do ágio registrado pela fiscalizada”*, haja vista que a EDRJ91 – após a incorporação da CRH – representava o mesmo investimento já realizado e registrado com ágio na Impugnante, qual seja, a participação na CRH.

- que com a incorporação da CRH pela EDRJ esta passa a ser sucessora em direitos e obrigações, logo, a incorporação da EDRJ91 pela Impugnante não deixa de ser a incorporação do investimento direto já detido pela Impugnante na CRH, sendo, insista-se, plenamente viável a amortização nos termos do art. 386 do RIR/1999.

- que o ágio em questão, de R\$ 143.047.733,03, nasce no momento em que a Impugnante aumenta o capital da CRH com 150 milhões de euros (R\$ 413,656 milhões) e o fato da empresa EDRJ91 ter incorporado a CRH em nada afeta o ágio já contabilizado na Impugnante.

- que, além disso, não se pode admitir o entendimento do Fisco no sentido de que se trata de ágio interno. Isso porque, como destacado, o ágio decorreu da operação feita entre partes independentes.

- salienta, ainda, que a Fiscalização concluiu, com base no art. 389, §1º, do RIR/1999, que não seria dedutível a despesa registrada com a amortização do ágio decorrente da aquisição da CRH (aquisição direta pela Magnesita e decorrente da integralização do capital, na Purus, pela Rearden 2), pois ela seria empresa estrangeira. Todavia, o Fisco equivocou-se na interpretação e aplicação desse dispositivo legal.

- o art. 389, §1º, do RIR/1999, foi a norma responsável pela introdução dos efeitos fiscais relacionados ao Método de Equivalência Patrimonial (“MEP”), trazido pela Lei nº 6.404/1976. Nessa linha, percebe-se que está tratando dos efeitos fiscais da aplicação do MEP para avaliação de investimentos mantidos no exterior.

- que o mencionado dispositivo determina qual tratamento fiscal das contrapartidas dos ajustes decorrentes das atualizações que devem ser periodicamente feitas, de acordo com o MEP, em razão dos investimentos detidos no exterior. Portanto, tem por premissa a existência de uma empresa no Brasil que mantenha participação em empresa sediada no exterior. Ocorre que, no caso, não se discute os efeitos da amortização do ágio decorrente de avaliação periódica de investimento mantido no exterior pela Impugnante.

- no caso, está sendo discutido a dedutibilidade da despesa decorrente da amortização do ágio gerado na incorporação do investimento detido na CRH, ou seja, tendo em vista a incorporação, não há mais que se falar em aplicação do MEP, pelo que não há que se falar na aplicação do art. 389, §1º, do RIR/1999.

- o tratamento fiscal conferido à amortização do ágio, após o evento incorporação da controlada, foi disciplinado pelos arts. 7º e 8º, da Lei nº 9.532/1997, que introduziu o já citado art. 386 do RIR/1999.

- que o Decreto-lei nº 1.598/1977 tratou dos efeitos fiscais do MEP, inclusive no que tange à amortização do ágio; e a Lei nº 9.532/1977 tratou dos efeitos fiscais do ágio após a incorporação, ou seja quando não mais se aplica o MEP, pois não mais existem duas empresas (controladora e controlada ou coligadas).

- que, inclusive, a amortização do ágio não é dedutível antes da incorporação mesmo nos casos de empresas nacionais, conforme determina o art. 391, do RIR/1999 e a Fiscalização equivocou-se aplicando um dispositivo legal que não se aplica à organização societária debatida no presente caso.

- além disso, o art. 389 do RIR/1999, lastreado nos Decretos-leis nºs 1.598/1977 e 1.648/1978, atualmente não guarda relação com o ordenamento jurídico em vigor.

- que com a introdução da sistemática de tributação universal, a tributação dos lucros auferidos no exterior, tornou obrigatória a dedução do referido ágio.

- conclui, que a presente operação é totalmente legítima, válida e estava em conformidade com o ordenamento jurídico brasileiro vigente à época dos fatos, não se caracterizando as chamadas “empresas veículos”.

- que a multa isolada, prevista atualmente no inciso II, “b”, do art. 44, da Lei nº 9.430/1996, com a redação do art. 14, da Lei nº 11.488/2007, somente pode ser exigida caso o Fisco verifique a falta de recolhimento dos tributos, ou recolhimento insuficiente, com base em estimativas mensais, antes do término do ano-base.

- que ainda que fosse possível lançar multa isolada após o encerramento dos anos-base 2008 e 2009, há cobrança cumulativa da multa isolada com a multa de ofício, sobre os mesmos valores supostamente devidos a título de IRPJ e da CSLL, o que não pode ser admitido.

- assevera, ainda que se entenda correta a utilização da taxa Selic para cobrança dos juros de mora incidentes sobre o tributo supostamente devido, é certo que os juros calculados com base nessa taxa não poderão ser exigidos sobre a multa de ofício lançada, por absoluta ausência de previsão legal.

- requer, pelo exposto, o conhecimento e o provimento da Impugnação.

A 2ª Turma da DRJ/BHE, pelo acórdão nº 02-40.238, por maioria de votos, julgou procedente em parte a impugnação conforme ementa a seguir:

**PRESSUPOSTOS PARA O RECONHECIMENTO DO ÁGIO.
LEGISLAÇÃO SOCIETÁRIA E FISCAL.**

A legislação tributária mantém os pressupostos do reconhecimento do ágio da doutrina contábil: a aquisição de participação societária e o fundamento econômico do ágio.

FUNDAMENTOS ECONÔMICOS. COMPROVANTE DA ESCRITURAÇÃO.

A lei estabelece como fundamentos econômicos do ágio o: (I) valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade; (II) valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros; e (III) fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

O lançamento com os fundamentos de que tratam os itens I e II deverá ser baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração. Tal demonstração deve atentar para os demais preceitos da legislação fiscal e comercial.

Faz-se necessário que o registro contábil do ágio esteja amparado em documentação hábil e idônea. Tratando-se de ágio registrado por sociedade anônima, sujeita à lei especial, o comprovante da escrituração não é senão o laudo de avaliação elaborado por 3 (três) peritos ou empresa de consultoria especializada.

Nos termos da legislação especial que rege as sociedades anônimas, os avaliadores 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.

TRATAMENTO TRIBUTÁRIO DO ÁGIO. INCORPORAÇÃO, FUSÃO OU CISÃO.

A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio: (a) deverá registrar o valor do ágio cujo fundamento seja de que trata o item I (valor de mercado dos bens coligada ou controlada), e contrapartida à conta que registre o bem ou direito que lhe deu causa; e (b) poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata o item II (rentabilidade futura da coligada ou controlada), 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.

Para a amortização do ágio são necessários três requisitos fundamentais: (a) que exista investimento direto realizado pela investidora na investida (coligada ou controlada) com ágio devidamente contabilizado nos termos da lei; (b) que o seu fundamento econômico seja o valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros; e (c) que posteriormente a empresa investidora (ou mesmo a investida, no caso de incorporação reversa) absorva o patrimônio da investida por incorporação, fusão ou cisão.

ÁGIO GERADO INTERNAMENTE. VEDAÇÃO. NORMA. CONSELHO FEDERAL DE CONTABILIDADE.

O reconhecimento de ágio decorrente de rentabilidade futura gerado internamente é vedado por normas nacionais e internacionais.

MULTA DE OFÍCIO. QUALIFICADA.

A multa de ofício será qualificada, no percentual de 150%, quando restar devidamente caracterizado em procedimento fiscal, o evidente intuito de fraude, nos termos da lei. Caso contrário, afasta-se a qualificação da penalidade, cabendo exigí-la no percentual normal de 75%.

MULTA PROPORCIONAL E EXIGIDA ISOLADAMENTE.

Verificada a falta de pagamento do imposto por estimativa, após o término do ano-calendário, o lançamento abrangerá a multa de ofício sobre os valores devidos por estimativa e não recolhidos; e o imposto apurado em 31 de dezembro, caso não recolhido, acrescido de multa de ofício.

A lei estabelece que, nos lançamentos de ofício, será aplicada multa exigida isoladamente, no percentual de 50%, sobre os valores devidos, e não recolhidos, a título das estimativas mensais, estando o contribuinte sujeito à apuração do lucro real anual, ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa da CSLL, no ano-calendário correspondente.

As exigências das multas isoladas devem ser ajustadas em função das alterações promovidas no lançamento.

JUROS DE MORA.

Sobre todos os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, cujos fatos geradores ocorrerem a partir de 1º de janeiro de 1997, não pagos nos prazos previstos na legislação específica, incidirão juros de mora calculados à taxa a Selic, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL E MULTA ISOLADA.

Por decorrência, o mesmo procedimento adotado em relação ao lançamento principal estende-se aos reflexos.

Em razão da exoneração de crédito tributário ter sido acima do limite de alçada, o Presidente da Turma recorreu de ofício para o CARF.

Intimada da decisão em 27/09/2012, a Contribuinte apresentou recurso voluntário, em 25/10/2012, reiterando os argumentos apresentados em sede de impugnação e aduzindo em síntese o seguinte:

- que segundo o TVF a Recorrente teria cometido as seguintes infrações:

(i) Amortização supostamente indevida do ágio pago na aquisição da Magnesita S/A pela Rpar Holding S/A, com base nas seguintes alegações

(a) O principal motivo da incorporação da Magnesita S/A e da Partimag S/A pela Rpar Holding S/A foi a amortização fiscal do ágio (TVI, §§ 31 a 33).

(b) Supostos vícios no "Relatório de Avaliação" do Banco ABN AMRO Real S/A (Banco Real) (TVI, § 35): **(b.1)** não possui data específica e menciona genericamente "Agosto de 2007"; **(b.2)** não possui assinatura nem indica o nome dos responsáveis; **(b.3)** foi elaborado posteriormente à aquisição, pois menciona o valor pago e a finalidade de amortização fiscal após a incorporação da adquirente; **(b.4)** não houve isenção e independência, pois as informações que pautaram a elaboração do relatório foram fornecidas **pela própria adquirente**; **(b.5)** o Banco Real não fez a conferência das informações fornecidas

pelos adquirentes e se eximiu de responsabilidade pelos resultados dessas informações; **(b.6)** não foi feita nenhuma avaliação dos ativos da Magnesita S/A para justificar outros fundamentos econômicos além da rentabilidade futura; **(b.7)** o relatório foi elaborado com o único intuito de fundamentar o ágio para fins de amortização fiscal; **(b.8)** o valor apurado pelo relatório (R\$ 3,208 bilhões) é discrepante do valor apurado pelo Laudo de Avaliação elaborado pela Deloitte Consultores (R\$ 1,710 bilhão) elaborado com base no fluxo de caixa descontado; **(b.9)** tendo em vista o valor do Laudo de Avaliação, o valor do ágio deveria ter sido revertido e lançado como despesa em razão do princípio contábil da prudência; **(b.10)** o Laudo de Avaliação elaborado pela empresa APSIS Consultoria Empresarial S/A Ltda realizou a avaliação dos bens do ativo da Magnesita S/A a valor de mercado, chegando ao valor de R\$ 1,233 bilhão, valor não considerado pelo relatório; **(b.11)** o Banco Real não seria uma "parte independente", pois foi a instituição intermediária nas operações vinculadas à OPA obrigatória; **(b.12)** o Laudo de Avaliação da Deloitte seguiu a IN/CVM nº 361/02, o que não foi feito pelo relatório do ABN; **(b.13)** o valor pago teve outras razões econômicas, que não a rentabilidade futura, especificamente percepções e convicções próprias da adquirente, um prêmio de controle pelas ações ordinárias e o valor de mercado das ações preferenciais.

(c) Nos termos da IN/CVM nº 247/96, o ágio pago com base na expectativa de rentabilidade futura somente seria o valor correspondente à diferença entre o valor pago e o valor de mercado das ações da Magnesita S/A na bolsa de valores na data de aquisição (TVI, §§ 38 e 39).

(d) O ágio pago com base na expectativa de rentabilidade futura é subsidiário e somente pode ser apurado após a segregação do valor patrimonial e do valor de mercado (TVI, §§ 40 e 41).

(e) Dessa forma, se houvesse rentabilidade futura, seria no máximo a diferença entre o valor pago e o valor das ações negociadas em Bolsa. Ocorre que nem esta diferença seria rentabilidade futura, pois não está amparada pelo Laudo da Deloitte (TVI, § 44).

(f) O valor de mercado dos bens do ativo (Laudo da APSIS) e o valor de expectativa de rentabilidade futura (Laudo da Deloitte) são equivalentes, motivo pelo qual o ágio não poderia ser registrado como expectativa de rentabilidade futura (TVI, § 43).

(g) As ações da Magnesita S/A que pertenciam aos antigos controladores e estavam gravadas com cláusula de intransferibilidade - FINOR foram adquiridas posteriormente à incorporação da Magnesita, motivo pelo qual o ágio gerado nesta aquisição não pode ser amortizado (TVI, § 45, p. 30).

(h) Os Srs. Agentes Fiscais questionam ainda, com relação a essa operação, a exclusão do valor de R\$ 6.313.607,40 feita pela Recorrente na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL no ano-base de 2009, que estava sendo controlado na parte B do Lalur (TVF, § 82

(ii) Amortização supostamente indevida do ágio pago na aquisição da "Rearden" pela Magnesita Refratários S/A, com base nas seguintes alegações:

(a) A parte do ágio adquirida por meio da empresa Purus Participações Ltda. não poderia ser amortizada (R\$ 166.937.856,43), pois a incorporação da sociedade adquirida originalmente não foi realizada por meio de sua adquirente original (a própria Purus), conforme requisito supostamente previsto no artigo 386 do RIR/99 (TVI, § 55, p. 34).

(b) Tanto o ágio pago diretamente pela Recorrente (R\$ 143.047.733,03), quanto o ágio adquirido por meio da Purus, não poderiam ser amortizados em razão da suposta vedação legal prevista no artigo 389 do RIR/99 à amortização no caso de aquisição de sociedade estrangeira (TVI, § 55, p. 35).

(c) Como a empresa adquirida originalmente com ágio (Caribbean Refractories Holdings Ltd. - CRH) foi incorporada por terceira empresa (EDRJ91 Participações Ltda. - EDRJ91) antes da incorporação final pela Recorrente, também não estaria configurado o suposto requisito de "incorporação direta" da adquirida original pela adquirente original (TVI, § 55, p. 36).

(d) A Recorrente teria **(d.1)** realizado uma "desorganização societária"; **(d.2)** por meio de "empresas Veículo", que não seriam necessárias para a finalidade pretendida (aquisição direta da Rearden); **(d.3)** em uma complexa aquisição de participação societária; **(d.4)** com lapso temporal de menos de 2 meses; **(d.5)** com o único objetivo de "criar" um ágio e amortizá-lo fiscalmente; **(d.6)** caracterizando a falta de substância econômica e propósito negocial (TVI, §§ 58 a 60).

(e) A conduta da Recorrente caracterizaria o evidente intuito de fraude, ensejando a qualificação da multa de ofício nos termos do § 1º do artigo 44 da Lei nº 9.430/96 (TVI, §§ 61 e ss).

(f) O direito à amortização do ágio gerado na aquisição das ações da Recorrente pela Mukden Participações Ltda. era apenas desta sociedade, não podendo ser transferido à Recorrente (TVI, § 71).

(g) O ágio gerado na aquisição das ações da Recorrente pela Mukden Participações Ltda. estaria em duplicidade com o ágio gerado na Purus (TVI, §§ 72 e 73).

(h) A Mukden teria transferido o ágio à Recorrente a título gratuito, pois não foi alterada a participação do Grupo Rhone detida anteriormente na Recorrente de 10,97% (TVI, § 65, p.42).

- registre-se, por fim, que houve o lançamento de multa isolada de 50%, em razão da suposta falta/insuficiência de recolhimento das estimativas mensais de IRPJ e de CSLL, conforme o TVI, § 83.

- conforme será demonstrado a seguir, mesmo tendo sido parcialmente procedente a impugnação a decisão da DRJ não poderá prevalecer, devendo esta Turma julgadora cancelar integralmente os autos de infração objeto do presente processo administrativo.

- Da Efetiva Operação Realizada - Aquisição da Magnesita S/A por Grupos de Investimento

- conforme já mencionado, os Agentes Fiscais alegaram que a Recorrente teria reduzido, indevidamente, os resultados tributáveis do IRPJ e da CSLL, nos anos calendários de 2008 e 2009, em razão da dedução de despesa de amortização de ágio pago na aquisição da Magnesita S/A, posteriormente incorporada pela Recorrente que passou a se denominar Magnesita Refratários S/A.

- em linhas gerais, alegaram os Srs. Agentes Fiscais que a Recorrente não teria logrado comprovar que o fundamento econômico para o pagamento do ágio foi a expectativa de rentabilidade futura da Magnesita S/A.

- na decisão recorrida, entendeu-se que estava comprovado o fundamento econômico de apenas parte do ágio pago.

- que a Turma Julgadora se equivocou ao não reconhecer a comprovação integral do fundamento econômico com base na expectativa de rentabilidade futura.

- tendo o TVF detalhado todo o contexto no qual se inseriu a operação de reestruturação societária, restou evidente que o propósito comercial da operação não se limitou à economia tributária e ao aproveitamento fiscal do ágio.

- merece destaque o entendimento da Turma Julgadora: *"Além do efetivo propósito comercial, ainda para a validade das reorganizações societárias, mesmo que, dentre outros fins visados, almejem a uma economia fiscal, são necessários outros requisitos materiais como a independência das partes, o efetivo pagamento e um verdadeiro ambiente concorrencial. No caso vertente, sem sombra de dúvidas estão presentes o propósito comercial e os demais requisitos materiais acima citados, quanto aos ágios gerados nas aquisições pela RPAR das ações da Partimag, das pessoas físicas (antigos controladores da Magnesita) e nas aquisições das ações da Magnesita S/A feitas diretamente na Bovespa via OPAs."*

- continua a decisão recorrida: *"(...) e (3) não houve abuso de direito, na medida em que se observa nas negociações e aquisições efetuadas: o propósito comercial, não se trata de ágio interno, as partes não são relacionadas entre si, houve efetivo pagamento e tudo foi feito dentro de um verdadeiro ambiente concorrencial, inclusive com aquisições de ações da Magnesita S/A via OPA s na Bovespa."*

- após a descrição dos fatos, com o reconhecimento expresso pela Turma Julgadora no sentido de que as operações em questão tiveram efetivo propósito comercial, faz-se necessário, agora, demonstrar que o fundamento econômico de expectativa de rentabilidade futura para o pagamento do ágio foi **integralmente comprovado**, motivo pelo qual deverá ser reformada a decisão.

- Da Demonstração Válida do Fundamento Econômico do Ágio como Expectativa de Rentabilidade Futura

- pode-se dizer que o fundamento para a glosa do ágio gerado quando da aquisição da Magnesita pela Rpar Holding foi a suposta inexistência de fundamento econômico com base na expectativa de rentabilidade futura.

- para chegar a essa conclusão, os Agentes Fiscais teceram diversos argumentos: **(i)** vícios formais do Relatório do Banco Real; **(ii)** divergência do Relatório do Banco Real com os Laudos da Deloitte e da Apsis; **(iii)** necessidade de segregação do fundamento econômico do valor de mercado; **(iv)** aquisição intempestiva das ações gravadas com cláusula de intransferibilidade FINOR; e **(v)** motivo exclusivamente fiscal para incorporação da Magnesita pela Rpar Holding.

- parte desses temas já foi analisada pela Turma Julgadora e repudiada pela decisão ora recorrida, confira-se:

(i) confirmação de que o Relatório do Banco Real foi baseado na expectativa de rentabilidade futura da empresa adquirida: *"Como se percebe das alegações e explicações postas pela defesa, o 'Relatório do Banco Real' sintetizou ou mesmo corroborou e justificou para os investidores os seus estudos internos no sentido de que o investimento na Magnesita S/A, refletido no preço pago, iria gerar retorno financeiro para acionistas e investidores. Nesse sentido, ressaltou-se expressamente: 'A expectativa de rentabilidade futura prevista pela GP Investments foi determinada com base nas variáveis econômicas específicas (refletidas nos estudos internos) aplicáveis na aquisição do controle de uma companhia'. O que segundo os demonstrativos apresentados no que toca ao crescimento da EBITDA (lucros referentes apenas aos negócios, antes de juros, impostos, depreciações, amortizações, etc.) da Companhia se confirmou."*

(ii) reconhecimento da divergência entre os laudos apresentados: *"Evidentemente, disso decorrem as diferenças ou comparações mostradas na defesa em relação ao 'Relatório do Banco Real' e aos Laudos feitos pela Deloitte e pela Apsis. O Laudo da Deloitte foi elaborado como exigência da CVM, por ocasião da OPA obrigatória, seguindo rigorosamente as prescrições das Instruções CVM nº 361/02 e 436/06. Já o Laudo da Apsis foi feito para as avaliações dos ativos da Magnesita a valor de mercado para fins de incorporação pela RPAR."*

(iii) não obrigatoriedade de segregação do fundamento econômico do ágio no presente caso: *"Desse modo, considerando os pontos colocados pela defesa, afasta-se do caso concreto a aplicação da teoria posta pela Fiscalização no TVF, titulada como: 'degraus do ágio a serem alcançados'."*

(iv) existência de evidente propósito negocial: *"No caso vertente, sem sombra de dúvidas estão presentes o propósito negocial e os demais requisitos materiais acima citados, quanto aos ágios gerados nas aquisições pela RPAR das ações da Partimag, das pessoas físicas (antigos controladores da Magnesita) e nas aquisições das ações da Magnesita S/A feitas diretamente na Bovespa via OPA's" .*

- assim, diante do entendimento expresso da Turma Julgadora no sentido de acolher os argumentos da ora Recorrente, com relação aos itens acima, ratificam-se todas as alegações desenvolvidas nos itens 3.2, 3.3 e 3.5 da impugnação.

- para que seja mantida a decisão ora recorrida, no que tange aos pontos acima expostos, reitera-se de forma sintética, os principais argumentos abordados nesses itens na impugnação apresentada.

(i) Divergência entre o Relatório do Banco Real e os Laudos Elaborados pela Deloitte e pela Apsis (item 3.2 da impugnação):

- que os estudos elaborados por diferentes avaliadores são distintos entre si, mas são todos válidos, considerando-se a finalidade para a qual foram elaborados.

(ii) Fundamento Econômico na Expectativa de Rentabilidade Futura Impossibilidade de Segregação do "Valor de Mercado" (item 3.3 da impugnação):

- o lançamento do ágio deve indicar um DENTRE os três fundamentos: **(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.

- como se percebe, o artigo 20 do DL nº 1.598/77 não estabelece a obrigatoriedade de consideração de todos os critérios mencionados, mas ao menos algum "dentre" eles. Também não há uma ordem lógica ou pressuposta para a atribuição destes fundamentos. Tal determinação nem seria possível, pois o fundamento econômico para a atribuição de valor às ações a serem adquiridas decorre de decisão única e exclusiva do adquirente, é uma prerrogativa negocial que representa a livre iniciativa das partes na determinação do preço do ativo negociado.

- que ainda que assim não se entendesse, restaria evidente o vício material na apuração da base de cálculo pelos Srs. Agentes Fiscais, pois se o valor de mercado dos bens do ativo tivesse que ser individualizado, os Srs. Agentes Fiscais deveriam ter considerado o direito à depreciação e exaustão desses bens.

(iii) Síntese dos Motivos Econômicos para a Incorporação da Magnesita S/A pela Rpar Holding S/A (item 3.5 da impugnação):

- o aproveitamento fiscal do ágio era uma consequência importante da incorporação realizada, mas não era o principal motivo. Com a incorporação realizada, permitiu-se a unificação da base acionária das três companhias envolvidas na Rpar Holding, alinhando e consolidando os interesses de todos os acionistas.

- apesar do exposto entendimento favorável à Recorrente, a Turma Julgadora concluiu que deveria ser mantido em parte o crédito tributário, sob o fundamento de que **(i)** o Relatório do Banco Real não teria sido elaborado com as formalidades supostamente exigidas pelo Regulamento do Imposto de Renda e pela Lei das S/A e que **(ii)** a aquisição das ações gravadas com cláusula de intransferibilidade FINOR estaria sujeita a "condição suspensiva", motivo pelo qual os efeitos da aquisição seriam intempestivos.

- dessa forma, passa-se a analisar os temas que pautaram a decisão recorrida para a manutenção de parte do crédito tributário glosado, com o que restará demonstrada a necessidade de provimento do presente recurso voluntário e o cancelamento integral dos autos de infração lavrados.

- Dos Supostos Vícios Formais Apontados no Demonstrativo do Ágio Elaborado pelo Banco Real - Do Equívoco cometido pela Autoridade Fiscal e Ratificado pela Turma Julgadora.

- que o ágio ou deságio gerado em operações como as ocorridas no presente caso decorre da diferença entre o valor de aquisição e o valor patrimonial das ações adquiridas, quando se adota o registro da participação societária pelo método da equivalência patrimonial, previsto no artigo 248 da Lei das S/A (Lei nº 6.404/76).

- que quando uma pessoa jurídica adquirir participação societária em sociedade controlada, a diferença a maior entre o valor de aquisição e o valor correspondente à participação no patrimônio líquido deverá ser registrada como ágio.

- que a Lei das S/A não abordou expressamente a temática do ágio na aquisição de participação societária, mas a sua contabilização deve estar em conformidade com os princípios de contabilidade geralmente aceitos, nos termos do artigo 177 desta Lei.

- que em conformidade com os princípios contábeis geralmente aceitos e nos termos da Instrução CVM nº 247/96, a Rpar Holding desdobrou o valor total do custo de aquisição das ações da Magnesita em valor do investimento pela equivalência patrimonial e ágio.

- que no que tange ao fundamento econômico para o lançamento do ágio, o §2º do artigo 20 do DL nº 1.598/77 determina ser obrigatória a indicação em conformidade com seguintes critérios: (i) valor de mercado de ativos; (ii) expectativa de rentabilidade futura; ou (iii) fundo de comércio, intangíveis ou outras razões econômicas.

- que para os dois primeiros fundamentos, determina o §3º do artigo 20 do DL nº 1.598/77 que o contribuinte deverá arquivar um demonstrativo do comprovante da escrituração. Ocorre que a legislação fiscal (i) não definiu a forma pela qual este demonstrativo deveria ser elaborado, (ii) tão pouco exigiu a existência de um laudo com tais e quais requisitos e (iii) também foi omissa com relação ao momento em que o Efetivamente, destaque-se desde já, que o entendimento exposto pela decisão recorrida, ratificando os argumentos do Sr. Agente Fiscal, no sentido de que "(...) o Relatório do Banco Real serve para os investidores, mas não como documento para subsidiar o registro contábil do ágio." - não encontra respaldo na legislação de regência do assunto.

- assim, pela simples leitura da norma legal, nota-se que basta que a aquisição seja realizada com fundamento na expectativa de rentabilidade futura (ou valor de mercado de bens do ativo) e que exista um demonstrativo desse fundamento econômico arquivado na contabilidade do contribuinte.

- que no mesmo sentido é o entendimento deste E. CARF, conforme se verifica do voto proferido pelo Ilustre Conselheiro Relator Antonio José Praga de Souza:

"(...) Mais a mais, a norma reza apenas que 'O lançamento com os fundamentos de que tratam as letras 'a' e 'b' do parágrafo 2º deverá ser baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração' (art. 20, § 3º do DL 1.598/1977)." (g.n.)

- que sendo assim, em razão das claras referências acima expostas pela doutrina e pela jurisprudência, a decisão ora recorrida, não merece prosperar por não possuir fundamento legal e não estar amparada pela prática jurídico-contábil adotada no Brasil, conforme se passará a demonstrar.

- que apesar de não ter sido objeto de questionamento na decisão ora recorrida, é importante destacar que não possuem qualquer relevância as alegações feitas pelos Srs. Agentes Fiscais no sentido de que o Relatório do Banco Real apresentado "*não possui data específica e menciona genericamente agosto de 2007*" e "*não possui assinatura nem indica o nome dos responsáveis*".

- que de fato, como já destacado, a legislação fiscal exige apenas que exista um demonstrativo do fundamento econômico para a aquisição, com substância suficiente para comprovar o real intuito do adquirente.

- que no presente caso, este requisito foi plenamente preenchido e devidamente comprovado durante a fiscalização. Isso porque, durante o processo de aquisição da Magnesita, a GP Investments preparou, por meio da subsidiária GP Investimentos, diversos estudos internos acerca da viabilidade do negócio, inclusive a avaliação da Magnesita com base na expectativa de rentabilidade futura (conforme o já mencionado Demonstrativo Interno elaborado anteriormente à aquisição - itens "x e xi" dos Fatos).

- que é inverossímil imaginar qualquer alegação no sentido de que a GP Investments (uma companhia de capital aberto líder em investimento em *private equity* na América Latina) não teria realizado nenhum estudo interno acerca da expectativa de rentabilidade futura da empresa adquirida para suportar o fundamento econômico da aquisição e, portanto, o preço pago. Efetivamente, conforme já destacado, a Rpar Holding adquiriu e pagou pela Magnesita o preço que espelhava a sua rentabilidade futura.

- que nenhum adquirente, especialmente os fundos de investimentos, iria pagar uma quantia elevada, como a que se pagou pela aquisição da Magnesita S/A, se não estivesse suportado por um estudo demonstrativo da rentabilidade futura do negócio.

- que o referido estudo interno (Demonstrativo), elaborado em julho de 2007, já seria suficiente, por si só, para justificar e demonstrar o fundamento econômico dos Investidores para a aquisição da Magnesita S/A.

- que a GP Investments, como medida de prudência e conservadorismo, optou por validar o referido estudo por meio da análise de um Banco com vasta experiência na avaliação de empresas (optando-se pelo Banco Real), que confirmou, o resultado obtido internamente pela GP e é instrumento hábil a demonstrar o fundamento econômico para a aquisição da Magnesita, com base na expectativa de rentabilidade futura.

- que no presente caso, o ágio pago na aquisição da Recorrente teve como fundamento econômico a expectativa de rentabilidade futura, baseada, principalmente, em uma visão "de futuro", que serviu de base para o seu registro contábil. Este fundamento econômico encontra-se demonstrado, portanto, em documentos hábeis e idôneos: seja o relatório interno (Demonstrativo) elaborado pela GP Investments, anteriormente à aquisição, seja o Relatório elaborado pelo Banco Real que ratificou esse estudo interno.

Momento da Elaboração do Estudo e Finalidade (argumentos não retomados pela DRJ)

- destaque-se que os referidos argumentos não foram retomados pela Turma Julgadora. Não obstante, é importante destacar que os Srs. Agentes Fiscais mencionam outras supostas irregularidades também não previstas na legislação: o Relatório "*foi*

elaborado posteriormente à aquisição, pois menciona o valor pago e a finalidade de amortização fiscal após a incorporação da adquirente" (TVI, p. 10 e11).

- que apesar da inexistência de norma legal determinando o momento em que deve ser apresentado o citado relatório, é completamente inverossímil, como já destacado, que GP Investments não tivesse realizado nenhum estudo prévio da rentabilidade futura da Magnesita antes da sua compra.

- que a GP Investments é uma empresa de investimento e o seu objetivo será sempre assessorar a aquisição de sociedades com vistas à efetivação da expectativa de rentabilidade futura projetada para os investidores, ou seja, não teriam os Investidores, por meio da RPar Holding, adquirido a Magnesita se, efetivamente, não existisse uma análise prévia comprobatória da sua rentabilidade.

- que uma vez mais merece destaque o entendimento da Turma Julgadora ao reconhecer que o preço pago foi justo diante dos estudos internos realizados sobre o retorno do investimento.

- que verifica-se que houve a existência de estudos prévios, realizados pela GP Investments, para **(i)** aferir o potencial de expectativa de rentabilidade futura da companhia; **(ii)** suportar a viabilidade do investimento e **(iii)** consequentemente, definir o preço máximo que poderia ser pago dentro destes parâmetros.

- que portanto, o relatório do Banco Real, com data base de agosto de 2007, foi precedido pelos estudos Internos elaborados pelos compradores, os quais já destacavam o preço da negociação com base na rentabilidade futura projetada.

- que como já destacado, a Turma Julgadora reconheceu, expressamente, a comprovação do efetivo propósito comercial nas operações realizadas.

- que na verdade, o Relatório feito pelo Banco Real teve dois objetivos: **(i)** confirmar os estudos internos feitos e **(ii)** servir de demonstrativo para a contabilização do ágio, conforme expressa exigência da lei (§3º do artigo 20 do DL nº 1.598/77). Dessa forma, a contratação do Relatório não foi exclusivamente para fins fiscais, embora essa fosse uma importante exigência da própria legislação tributária.

Isenção e Independência da Instituição que Elaborou o Estudo

- outro argumento sustentado pela fiscalização foi o de que "*não houve isenção e independência*" (TVI, p. 11). Neste caso, a DRJ acompanhou a alegação de inexistência de independência.

- ocorre que a independência das informações que suportam o relatório também não é um requisito exigido pela legislação fiscal.

- de fato, o laudo elaborado pelo Banco ABN, teve como um dos fundamentos a troca da governança da companhia. Ou seja, uma companhia anteriormente dirigida e administrada pelos membros da família Guimarães que passaria a ser profissionalizada em busca de resultados futuros positivos. Não é por outro motivo que os resultados extraídos desse laudo coincidem com aqueles decorrentes do estudo interno (Demonstrativo Interno).

- que somente o adquirente é capaz de estipular os ganhos de escala que conseguirá atingir após a aquisição, bem como todos os custos que serão passíveis de redução, fatores estes subjetivos.

- portanto, além de não ser requisito da legislação a "independência" do relatório, nota-se que a participação do adquirente é intrínseca à apuração da rentabilidade futura, atribuindo-se, portanto, certa subjetividade ao montante apurado.

- que não há qualquer exigência quanto à qualificação do autor do demonstrativo de rentabilidade futura. Contudo, mesmo que esse fosse um requisito, o Banco Real era de fato uma parte independente contratada para assessorar a GP Investments na operação de aquisição da Magnesita.

Suposta Obrigatoriedade do "Laudo de Avaliação" Elaborado por Empresa Especializada

- por fim, registre-se que a Turma Julgadora trouxe aos autos um novo fundamento para questionar a validade do Relatório do Banco Real. Confira-se:

"Nesses casos, faz-se necessário que o lançamento do ágio esteja amparado em documentação hábil e idônea, definida, inclusive, dependendo das circunstâncias do caso, em preceitos legais. Ora, tratando-se de ágio registrado por sociedade anônima ou companhia de capital aberto, sujeitas, pois, à Lei das S/A (Lei nº 6.404/1976) e às regulamentações da CVM, o comprovante da escrituração não é senão "*Laudo de Avaliação*" elaborado por 3 (três) peritos ou empresa de consultoria especializada."

- ocorre que a suposta exigência de um "Laudo de Avaliação" não foi fundamento para a lavratura dos autos de infração, motivo pelo qual se verifica uma evidente inovação do lançamento.

- que o artigo 20 do Decreto-Lei 1.598/77 não exige qualquer formalidade para a elaboração do "demonstrativo" a ser arquivado pelo contribuinte.

- no caso, o Fisco poderia, no máximo, questionar eventuais equívocos/falhas no demonstrativo apresentado, que descaracterizassem a expectativa de rentabilidade futura, o que não ocorreu.

- ainda, o novo fundamento trazido aos autos pela decisão recorrida, referente à necessidade de elaboração de "Laudo de Avaliação" nos termos do Artigo 8º da Lei das S/A (ou seja, elaborado por três peritos ou empresa de consultoria especializada), fundamentou-se erroneamente no disposto no parágrafo 1º do artigo 256 da Lei das S/A, conforme apresentado pela própria DRJ às fls. 4.787/4.788.

- ao submeter-se a operação à assembleia geral, assegura-se a transparência de todas as informações relevantes aos acionistas, os quais poderão avaliar o seu impacto e eventualmente retirar-se da companhia, exercendo o direito de recesso, se não estiverem de acordo.

- a administração deve apresentar aos acionistas a respectiva proposta de aquisição, instruída com laudo de avaliação elaborado por peritos ou empresa especializada instruído com todos os elementos necessários à deliberação, conforme previsto no parágrafo primeiro do artigo 256 da Lei das S/A, sob pena de responsabilidade dos administradores.

- no caso em tela, a totalidade dos acionistas da companhia, aprovaram na Assembleia Geral Extraordinária da Rpar Holding realizada em 30.08.2007, a operação e consequente celebração do referido contrato, bem como concordaram com os estudos apresentados pela administração da companhia no momento da assembleia e, por este motivo, entenderam não ser necessária a apresentação de laudo de avaliação elaborado com as formalidades previstas no artigo 8º da Lei das S/A, dispensando-se, portanto, a elaboração do referido documento por meio de manifestação, expressa e inequívoca, tal como constou na respectiva ata da referida assembleia, arquivada perante a Junta Comercial do Estado de São Paulo.

- dessa forma, o laudo de avaliação previsto no parágrafo 1º do artigo 256 da Lei das S/A não era exigível e, portanto, o Relatório de Avaliação produzido pelo Banco Real foi suficiente para: **(i)** confirmar os estudos internos feitos pela GP Investments acerca da expectativa de rentabilidade futura da Magnesita e **(ii)** servir de demonstrativo para a contabilização do ágio, conforme expressa exigência da lei (§3º do artigo 20 do DL nº 1.598/77).

- assim, não há como prosperar os novos argumentos aventados DRJ para questionar a validade formal do "demonstrativo" de fundamento econômico do ágio.

Aquisição das Ações Gravadas com Cláusula de Intransferibilidade – FINOR

- destaque-se, ainda, que os Srs. Agentes Fiscais afirmaram que as ações da Magnesita S/A que pertenciam aos antigos controladores e estavam gravadas com cláusula de intransferibilidade - FINOR foram adquiridas posteriormente à incorporação da Magnesita, motivo pelo qual o ágio gerado nesta aquisição não poderia ser amortizado.

- entendeu equivocadamente a DRJ que tratar-se-ia de uma "condição suspensiva", motivo pelo qual os efeitos dessa aquisição somente se operaram após o evento de incorporação.

- ocorre que, o mês de março de 2008 determinou apenas a conclusão da transferência 78.449.328 ações ON e PN da Magnesita S/A que pertenciam aos antigos controladores e que estavam gravadas com cláusula de intransferibilidade - FINOR.

- na verdade, referidas ações foram adquiridas dos antigos controladores em setembro de 2007, data de fechamento da operação objeto do *Share Purchase Agreement*, uma vez adimplidas todas as condições resolutivas (e não suspensivas). Com efeito, está evidente que a aquisição ocorreu anteriormente à incorporação da Magnesita.

- cabe elucidar que o objeto do *Share Purchase Agreement*, a saber, a compra e venda de ações totalizando 38,6% do capital social total da Magnesita S.A., à época da celebração do referido contrato, já abrangia as ações pertencentes aos antigos controladores que estavam gravadas com cláusula de intransferibilidade - FINOR.

- tanto é verdade que, nos termos da Cláusula 2.3 (ii) do *Share Purchase Agreement*, a transferência das referidas ações à Rpar Holding e o consequente pagamento do

preço de aquisição aos então vendedores dependiam da mera comprovação de entrega de todos os documentos necessários à Agência de Desenvolvimento do Nordeste - ADENE a fim de obter a liberação das ações do capital social da Magnesita S/A de qualquer restrição derivada da implementação de projeto com subsídio do FINOR e não da completa conclusão das formalidades necessárias ao cancelamento da cláusula de intransferibilidade.

- vale mencionar, ainda, que a Cláusula 5.1(b) (i) do *Share Purchase Agreement*, estabelecia a obrigação, para os então vendedores, de não criar qualquer ônus, vender ou alienar de qualquer modo as ações objeto do contrato durante o período compreendido entre a data de celebração do *Share Purchase Agreement* (12 de agosto de 2007) e a data do fechamento (27 de setembro de 2007).

- tal obrigação denota claramente o *animus* dos vendedores em alienar e o *animus* da Rpar Holding de adquirir, no ato do fechamento, a totalidade das ações objeto do *Share Purchase Agreement*

- uma vez adimplidas pelas partes todas as condições e obrigações previstas no *Share Purchase Agreement* como precedentes à efetiva aquisição, o fechamento da operação ocorreu por meio da materialização de todos os eventos que consolidaram a alienação tal como previsto no contrato.

- de forma a ratificar a ocorrência do fechamento da operação, Rpar Holding e Magnesita S/A, divulgaram, na mesma data, Fatos Relevantes (docs. anexos), nos quais as companhias informam ao mercado em geral que, naquela data, a RPAR Holding tornou-se titular das ações representativas de 38,6% do capital social total da Magnesita S.A. (percentual este que, conforme mencionado, já abrangia as ações gravadas pelo FINOR).

-corroborando tais fatos, observa-se, ainda, que o preço total de aquisição previsto na Cláusula 2.2 do *Share Purchase Agreement* também englobava o valor referente à compra das ações gravadas - FINOR, de tal sorte que, na data do fechamento, a Rpar Holding efetuou o pagamento relativo ao montante integral do preço de aquisição de todas as ações objeto do *Share Purchase Agreement*.

- de fato, a Rpar Holding registrou contabilmente essa aquisição de ações em setembro de 2007, incluindo o ágio por elas gerado como realizável a longo prazo, uma vez que o pagamento ocorreu nesta mesma data.

- Portanto, evidente que a aquisição em questão se deu com base em uma condição resolutiva e dessa forma, deverá ser aceita a amortização fiscal do ágio dela decorrente.

Ad Argumentandum - Ajustes nos Lançamentos Efetuados pela Turma Julgadora - Erro na Apuração das Bases de Cálculo - Lançamentos Ilíquidos e Incertos

- nota-se que a decisão recorrida considerou a glosa indiscriminada e injusta e, portanto, ajustou as bases de cálculo autuadas ao considerar o laudo elaborado pela Deloitte como documento hábil e idôneo nos termos do artigo 385, §3º do RIR/99:

"Contudo, muito embora o ágio tenha sido contabilizado sem atender aos preceitos legais da

legislação comercial ou fiscal, na medida em que se baseou em demonstrativo que não se qualifica como hábil e idôneo para tanto, a glosa indiscriminada **das respectivas amortizações** sem efetivamente adotar ou considerar o Laudo de Avaliação elaborado pelo Deloitte como um documento hábil e idôneo, nos termos do art. 385, §3º do RIR/1999, não foi justa (...)" - fls. 4.794 - g.n..

- ou seja, os lançamentos originários do presente processo foram materialmente modificados pela decisão recorrida.

- ao se admitir como aplicável ao caso o Laudo da Deloitte, levando em consideração o montante de rentabilidade futura quantificado pela GP *Investments* e pelo Banco Real, não estão corretos e, portanto, deveriam ser cancelados por absoluta falta de liquidez e certeza.

- claro está, portanto, que esse E.CARF deverá determinar o cancelamento integral do crédito tributário referente à glosa do ágio pago na aquisição da Magnesita S/A, uma vez que os lançamentos em questão são ilíquidos e incertos.

OPERAÇÃO 2

- Ágio na Aquisição de Empresas Estrangeiras

- passa-se, agora, a analisar os fundamentos da segunda operação, segundo os quais também se verificará a necessidade de reforma da decisão ora recorrida com o cancelamento integral dos lançamentos pertinentes.

- Da Efetiva Operação Realizada - Aquisição de Empresas Estrangeiras Pertencentes ao Grupo Rhône, com o Objetivo de Expansão das Atividades Internacionais na Área de Refratários

- no que tange à segunda operação, questionada pelos Agentes Fiscais, alega-se que a Recorrente teria reduzido, indevidamente, os resultados tributáveis pelo IRPJ e pela CSLL, no ano calendário de 2009, em razão da dedução de despesa de amortização de ágio pago na aquisição de um Grupo de Empresas Estrangeiras, líder no mercado de refratários básicos de produtos dolomíticos de alto valor agregado.

- em suma, alegaram os Srs. Agentes Fiscais que:

(i) a parte do ágio adquirida por meio da empresa Purus Participações Ltda. não poderia ser amortizada (R\$ 166.937.856,43), pois a incorporação da sociedade adquirida originalmente não foi realizada por meio de sua adquirente original;

(ii) a empresa adquirida originalmente com ágio (CRH - R\$ 143.047.733,03) foi incorporada por terceira empresa (EDRJ91 Participações Ltda. - EDRJ91) antes da incorporação final pela Recorrente, assim também não estaria configurado o suposto requisito de

"incorporação direta";

(iii) o ágio da CRH e da Purus, não poderiam ser amortizados em razão da suposta vedação legal prevista no artigo 389 do RIR/99 quanto à amortização no caso de aquisição de sociedade estrangeira;

(iv) a Recorrente teria realizado uma "desorganização societária" ; por meio de "empresas veículo", que não seriam necessárias para a aquisição da Rearden, caracterizando a falta de substância econômica e propósito negocial;

(vi) o direito à amortização do ágio gerado na aquisição das ações da Recorrente pela Mukden Participações Ltda. (R\$ 261.392.218,82) era apenas desta sociedade, não podendo ser transferido à Recorrente;

(vii) o ágio gerado na aquisição das ações da Recorrente pela Mukden Participações Ltda. estaria em duplicidade com o ágio gerado na Purus.

- após analisar a impugnação apresentada pela Recorrente, a Turma Julgadora refutou diversos argumentos sustentados pelos Srs. Agentes Fiscais, reconhecendo **(i)** o efetivo propósito negocial, **(ii)** a validade das reorganizações societárias, **(iii)** a independência das partes, **(iv)** o efetivo pagamento, **(v)** a presença do ambiente concorrencial, e **(vi)** a inaplicabilidade do artigo 389, § 1º do RIR/99.

- contudo, a Turma Julgadora entendeu que o Recorrente não poderia amortizar o ágio gerado na incorporação da CRH, Purus e Mukden, pela ausência de investimento direto da Recorrente na CRH e na Purus, e em razão da suposta geração de ágio interno na operação de incorporação da Mukden.

- porém, antes de se demonstrar o equívoco da Turma Julgadora em não reconhecer o direito à amortização dos referidos ágios, passa-se a analisar, detalhadamente, as operações realizadas para que se possa comprovar que a forma jurídica adotada pela Recorrente, na aquisição dessas empresas, foi a mais direta, correta e adequada para atingir seu objetivo final, (fato já reconhecido pela própria decisão recorrida), com o que também restará demonstrado ao final a legalidade do aproveitamento do ágio decorrente dessa aquisição.

- de fato, a operação teve por objetivo aumentar a participação da Magnesita no mercado mundial de refratários, tornando-a uma das 03 líderes deste segmento de mercado, proporcionando um maior poder de negociação e geração de receitas para a companhia e, conseqüentemente, aumento da perspectiva de lucratividade para seus acionistas e, ainda, o aproveitamento de sinergias decorrentes da ampliação e expansão de seus negócios.

- ocorre que, diferentemente do que fizeram os Srs. Agentes Fiscais, a presente operação não poderia ter sido analisada isoladamente.

- destaque-se que a Turma Julgadora reconheceu o propósito negocial e reduziu a multa majorada - porém, de forma contraditória, acabou por manter as glosas em questão.

- em razão disso, é que se reiteram as alegações de fato e de direito que evidenciam o direito da Recorrente na amortização do ágio gerado na aquisição dessas empresas.

(i) Considerações iniciais: trata-se de negociação em que a Magnesita Refratários S/A tinha como objetivo adquirir um conjunto de empresas estrangeiras atuantes no mercado de refratários básicos de produtos dolomíticos de alto valor agregado.

- as referidas empresas representavam um complexo conglomerado, controlado pelo Grupo Rhône e estavam centralizados na empresa alemã Rearden L Holdings 1S ("Rearden").

- pela aquisição de 100% das ações da Rearden, a Magnesita Refratários S/A (ora Recorrente) iria realizar o pagamento em duas partes: **(i)** uma em dinheiro; e **(ii)** outra em ações de emissão da própria Magnesita.

- com efeito, o conjunto de operações, que se passa a analisar, foi estruturado simplesmente para se realizar o objetivo pretendido pelas partes, viabilizando a aquisição de um complexo grupo societário (com as participações societárias centralizadas na Rearden) por uma companhia de capital aberto com ações negociadas no Novo Mercado (Magnesita).

(ii) Operação de Aquisição da "Rearden"

- como já dito a aquisição de 100% das ações da Rearden pela Recorrente seria realizada com o pagamento em duas partes: **(i)** uma em dinheiro; e **(ii)** outra em ações de emissão da própria Recorrente.

- ocorre que o pagamento de parte do preço mediante a emissão de ações da Recorrente não é um procedimento simples, isto porque a Recorrente é uma companhia de capital aberto com ações negociadas na bolsa.

- caso se tivesse adotado a simples emissão de novas ações pela Recorrente a serem entregues ao Grupo Rhône como parte do pagamento, deveria ser aberto o direito de preferência aos acionistas minoritários, o que inviabilizaria a negociação.

- dessa forma, o caminho mais simples e lógico foi a capitalização do investimento em uma nova empresa (Purus Participações Ltda), que seria incorporada pela Magnesita com a entrega das novas ações aos titulares das ações incorporadas (Grupo Rhône).

- é importante entender também o motivo pelo qual não foi realizada a incorporação direta da Rearden pela Recorrente. Na verdade, essa incorporação não foi realizada porque essa empresa possuía outras atividades operacionais, empregados e passivos não relacionados ao simples controle acionário do conjunto de empresas adquiridas, o que iria gerar um alto custo de consolidação e um risco de contaminação de passivos, não desejado pela Recorrente.

- ademais, a Rearden é uma empresa sujeita à legislação alemã, uma das mais burocráticas e complexas do mundo. A incorporação dessa empresa pela Recorrente iria gerar um custo adicional desnecessário à operação.

(iii) 07/09/2008 - celebrado o *Transaction Agreement*, segundo o qual a Recorrente adquiriu o conjunto de empresas com subsidiárias na América do Norte, Europa e Ásia. Referidas empresas foram adquiridas da Rearden L. Holdigns 2 S.À.R.L ("Rearden 2"), pertencente ao Grupo Rhône.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

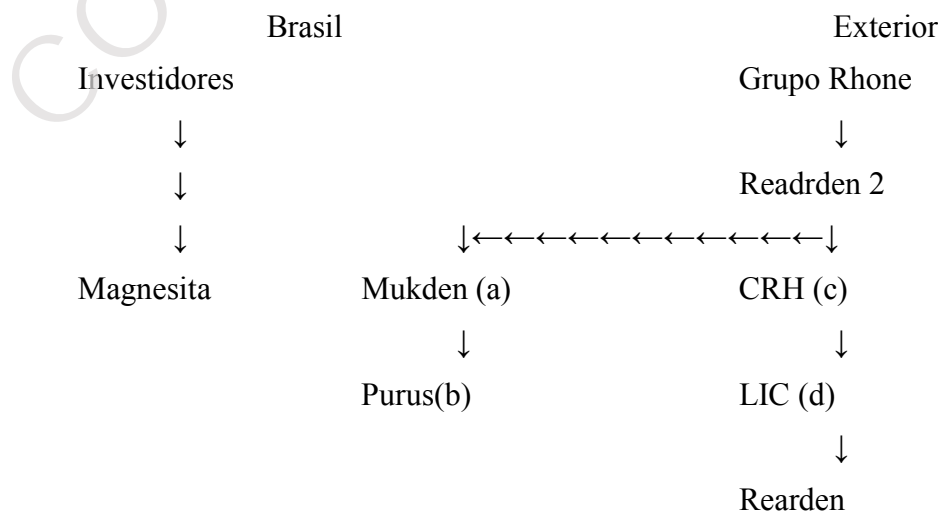
Autenticado digitalmente em 29/09/2014 por ALBERTO PINTO SOUZA JUNIOR, Assinado digitalmente em 02/1

0/2014 por GUILHERME POLLASTRI GOMES DA SILVA, Assinado digitalmente em 28/10/2014 por ALBERTO PINTO

SOUZA JUNIOR

- para essa aquisição, o pagamento foi segregado em duas partes: (a) 45,59% pago em dinheiro diretamente pela Recorrente; e (b) 54,41% que foram pagos em ações de emissão da Recorrente.

(iv) Outubro de 2008: para a realização do negócio pretendido, o Grupo Rhône criou a seguinte estrutura societária:



- diferentemente do que entenderam os Agentes Fiscais, a estrutura societária criada para viabilizar a operação foi integralmente planejada e exigida pelos vendedores (Grupo Rhône).

- não obstante a Recorrente não tenha participado da estruturação societária proposta pelos vendedores, também não tinha qualquer motivo para se opor à sua realização.

- neste sentido, é importante destacar o papel e a função das quatro empresas criadas pelo Grupo Rhône para a implementação da venda:

(A) Mukden Participações Ltda. ("Mukden"): trata-se de empresa *holding* brasileira constituída com o intuito de centralizar o investimento do GrupoRhône na Magnesita.

(B) Purus Participações Ltda. ("Purus"): trata-se da empresa constituída para a transferência da parcela do capital que foi pago pela Recorrente por meio da entrega de ações de sua emissão.

(C) Caribbean Refractories Holdings Ltda. ("CRH"): empresa *holding* constituída para receber a parcela do pagamento feito em dinheiro pela Recorrente, o qual foi depositado em uma conta de garantia (conta *escrow*) e somente seria transferido aos vendedores quando houvesse a incorporação da Purus pela Recorrente e finalização da aquisição.

(D) LWB Island Company Ltd. ("LIC"): empresa constituída para ser a nova *holding* do conglomerado de empresas adquiridas. Esta empresa passou a exercer o objeto exclusivo de participação societária, evitando a contaminação de suas atividades com

outras atividades (como ocorria com a Rearden). Esta empresa continua existindo e realizando seu objeto social.

(v) 19/10/2008 - Magnesita aumenta o capital da CRH com € 150 milhões (R\$ 413,656 milhões) e recebe em contrapartida a participação de 45,59% na CRH. Trata-se da parcela do preço que foi paga em dinheiro pela Recorrente, com um ágio de R\$ 143,047 milhões.

- em suma, os valores podem ser assim descritos:

Valor pago:	R\$ 413.656.500,00
<u>45.59% do PL da CRH.</u>	<u>R\$ (270.608.766.97)</u>
Ágio	R\$ 143.047.733,03

(vi) A segunda parcela que seria paga em ações da Recorrente (54,41%) iniciou-se com a integralização pela Rearden 2 na Purus de ações da CRH, pelo valor de R\$ 487,591 milhões, com um ágio de R\$ 166,937 milhões.

- esta etapa, foi fundamental para se atingir o objetivo de pagamento de parte do preço com ações de emissão da Recorrente. Isto porque, a emissão de novas ações para subscrição direta pela Rearden 2 não era possível, uma vez que teria que ser respeitado o direito de preferência pelos minoritários (o que inviabilizaria a operação).

- no caso, optou-se pelo caminho mais direto e simples possível: integralizou-se a participação societária em uma terceira empresa (Purus) que posteriormente seria incorporada pela adquirente (completando a aquisição).

- os valores pagos foram fundamentados na expectativa de rentabilidade futura das empresas adquiridas, o que está demonstrado por meio dos Laudos de Avaliação apresentados à fiscalização.

- em suma, os valores da operação que geraram o ágio na Purus podem ser assim descritos:

Valor do Aumento de Capital:	R\$ 487.591.254,00
<u>54.41% do PL da CRH:</u>	<u>R\$ (320.653.397.57)</u>
Ágio	R\$166.937.856,43

(vii) 05/11/2008 - Incorporação da Purus pela Recorrente. Por força do disposto na Lei das S/A, a Recorrente torna-se sucessora da Purus em todos os direitos e obrigações, inclusive do direito à amortização fiscal do ágio decorrente da aquisição das ações da CRH no valor de R\$ 166,937 milhões.

- efetivamente, a forma adotada pela Recorrente está em consonância com o artigo 385, inciso II, do RIR/99, pois o valor de R\$ 38,202 milhões é parte indissociável do custo de aquisição do investimento.

- não faria sentido o dispêndio desse montante, caso a Recorrente não acreditasse no retorno financeiro da empresa adquirida, razão pela qual esse valor deve ser somado ao ágio e não se pode aceitar o entendimento da Turma Julgadora no sentido de que:

"(...) despesa que não se enquadra no conceito de ágio".

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 29/09/2014 por ALBERTO PINTO SOUZA JUNIOR, Assinado digitalmente em 02/1

0/2014 por GUILHERME POLLASTRI GOMES DA SILVA, Assinado digitalmente em 28/10/2014 por ALBERTO PINTO

SOUZA JUNIOR

- ainda, estes custos que foram ativados como ágio, por sua vez, poderiam ser lançados diretamente no resultado como despesa - caso a Magnesita não acreditasse que a operação não teria rentabilidade futura - o que foi, inclusive, reconhecido pela decisão recorrida.

Portanto, com relação a esse item, requer-se que se reconheça que o montante de R\$ 38.202.451,00 faz parte do custo de aquisição e assim deve ser somado ao montante de ágio apurado e amortizado.

(viii) 18/12/2008 - CRH aumenta o capital da EDRJ91 com ações da LIC, a valor contábil

(ix) 18/12/2008 - EDRJ91 incorpora a CRH

- nesta etapa da operação e na etapa anterior, a Recorrente optou por incorporar o investimento devido na CRH em uma empresa brasileira, antes da incorporação final pela própria Recorrente. Contudo, esta operação não possui qualquer reflexo para o objetivo final pretendido de consolidação das empresas adquiridas na própria Recorrente nem para o conseqüente aproveitamento fiscal do ágio.

(x) 18/12/2008 - Recorrente incorpora a EDRJ91 e a Mukden e passa a ter o direito de amortização fiscal (i) do ágio pago em dinheiro na aquisição das ações da CRH; (ii) do ágio gerado na integralização as ações da Purus pela Rearden 2; e (iii) do ágio gerado na aquisição das ações da Recorrente pela Mukden.

- dentro de todo esse contexto, verifica-se que o conjunto de operações societárias realizadas pela Recorrente foram completamente usuais, normais e extremamente necessárias para adquirir as empresas estrangeiras do mercado de refratários e expandir internacionalmente os seus negócios.

- corroborando esse entendimento, a própria decisão recorrida reconhece que a estrutura societária utilizada para a aquisição do Grupo Rhône foi legítima e eficaz:

"(...) quanto às práticas denominadas pela Fiscalização de 'desorganizar-se' para depois 'organizar-se', são bastante críveis as justificativas apresentadas pela defesa, notadamente, em razão dos entraves burocráticos considerando que a Rearden é uma empresa sujeita à legislação alemã, das dificuldades que envolveriam a entrega direta de ações para o Grupo Rhône, em função do direito de preferência (LSA) e que todo o processo que envolveu as reorganizações societárias e criação de empresas foi uma exigência do Grupo Rhône, ao qual a Impugnante nada opôs." fls. 4.784-g.n.

- diante da descrição detalhada dos negócios, com o reconhecimento pela Turma Julgadora de que as operações em questão tiveram efetivo propósito negocial, faz-se necessário, demonstrar a possibilidade de dedução do ágio oriundo da aquisição das empresas

do Grupo Rhône pela Recorrente, para reformar a decisão recorrida que, de forma contraditória, manteve a glosa.

- Da Validade dos Ágios Registrados pela Recorrente

A) Ágio Purus - Etapas "vi, vii e x" das operações descritas - item 4.3 da decisão recorrida - fls 4.801

- um dos argumentos utilizados pela fiscalização e corroborado pela DRJ, para questionar a amortização do ágio, reside no fato de que a Recorrente não poderia utilizar-se do benefício fiscal por não ter figurado como adquirente direta da CRH.

- nestes termos, o TVI, explica que o ágio de R\$ 166.937.856,43 resultante da aquisição de 54,41% da CRH não surgiu no momento da incorporação, mas já estava registrado no Ativo da Purus. Ao incorporar o acervo da Purus pelo valor contábil, a Magnesita nada mais fez do que registrar em seu ativo o acervo líquido da Purus que nada mais era do que o investimento em CRH com ágio. Assim o eventual direito ao benefício fiscal da amortização do ágio caberia á Purus caso essa incorporasse a CRH, fato que não se consumou. Muito pelo contrário, ao incorporar a Purus e por esta extinguir-se de pleno direito, este eventual benefício fiscal tornou-se juridicamente impossível. O direito caberia eventualmente à empresa que absorvesse patrimônio de outra em virtude de incorporação na qual detivesse participação societária adquirida com ágio.

- na mesma linha, foi o entendimento da Turma Julgadora.

- contudo, este entendimento não pode ser acolhido uma vez que o procedimento adotado (transferências do ágio e sua posterior amortização pela Recorrente) está em total conformidade com as legislações fiscais e societárias vigentes à época dos fatos, bem como com a atual jurisprudência desse E. Conselho.

- o artigo 386 da RIR/99 , dispõe acerca da possibilidade de amortização do ágio - desde que fundamentado na rentabilidade dos exercícios futuros da controlada ou coligada - nos balanços correspondentes, nas hipóteses de incorporação, fusão ou cisão.

- ora, ambos entenderam que no presente caso não estariam atendidos os requisitos do citado artigo para a dedução do ágio, haja vista que tal dispositivo somente seria aplicável na hipótese de absorção patrimonial ocorrida entre empresas envolvidas na operação que deu ensejo ao surgimento do ágio.

- no entanto, o art. 386 do RIR/99, não restringe a transferência do ágio, como pretendeu a DRJ no caso do ágio registrado na Purus. Pelo contrário: a lógica da permissão da dedutibilidade do ágio, fundamentado na expectativa de rentabilidade futura, nas hipóteses de cisão, fusão e incorporação, nada mais é do que o reconhecimento de que o ágio deverá, sempre, acompanhar o investimento que lhe é subjacente - o qual justificou seu pagamento.

- explica-se: o valor pago com base na expectativa de rentabilidade futura, como ocorreu, está intrinsecamente associado à expectativa de lucros futuros gerados por determinado investimento, motivo pelo qual a sua amortização dar-se-á em contrapartida dessa expectativa de lucros a serem gerados, como determina o FIPECAFI.

- portanto, totalmente coerente, do ponto de vista econômico, que se aproveite o ágio desde que o seu valor esteja contabilizado na mesma pessoa jurídica que é

detentora do investimento. Assim será possível a amortização desse ágio contra os lucros futuros que o justificaram.

- neste sentido, cite-se novamente o Manual de Contabilidade das Sociedades por Ações, no qual se afirma claramente que o valor do ágio e o valor da equivalência patrimonial devem figurar como subcontas que constituem o "valor do investimento".

- de fato, o ágio somente existe em função do ativo que é a ele vinculado. Trata-se de um acessório que necessariamente deve seguir o principal (investimento). A sua amortização, como mencionado, decorre do fundamento econômico a ele subjacente (no presente caso, a rentabilidade da CRH, ativo detido pela Purus na ordem de 54,41%, incorporado pela Magnesita). Ademais, destaque-se que a amortização do ágio é a forma contábil de se registrar a perda de valor no tempo de um ativo intangível em função de seu uso. O mesmo ocorre com os ativos tangíveis da sociedade, que têm seu valor ajustado no tempo pela depreciação ou pela exaustão.

- confira-se o seguinte exemplo: uma empresa adquire uma máquina por determinado custo de aquisição. Enquanto esta máquina estiver em seu ativo, ela irá registrar a sua depreciação em função do seu desgaste pelo uso. Contudo, caso esta máquina seja conferida em integralização de capital em outra sociedade, é esta nova sociedade que irá registrar as subsequentes despesas de depreciação, e não a sociedade que originalmente pagou pela máquina.

- assim, na hipótese da incorporação da Purus, a Recorrente passou a ser sucessora desta sociedade em todos os seus direitos e obrigações, nos termos do art. 227 da Lei nº 6404/76, sendo evidente a necessidade de o ágio caminhar com a participação adquirida, para que, após o evento de incorporação (da EDRJ - etapas "ix" e "x"), a apuração do lucro esperado seja confrontada com a amortização do ágio, fundamentado na expectativa de lucros.

- destaque-se que no próprio Protocolo e Justificação de Incorporação da Purus pela Recorrente foi consignado este direito.

- assim, é totalmente válida a transferência do ágio entre empresas, na medida em que o próprio investimento seja também transferido. Portanto, ao contrário do entendimento da decisão recorrida, não é apenas o investimento direto que possibilita a amortização do ágio, este pode ser transferido à empresa incorporadora por meio da incorporação como ocorreu no caso em questão.

- corroborando esse entendimento, vale destacar os julgados que admitiram a transferência do ágio em casos que tais, como nas operações realizadas pelo Banco Santander S/A (Acórdão nº 140200.802), pela Vivo S/A (Acórdão nº 1101-000354), pela Tele Norte Leste Participações S/A (Acórdão 1301-000711) e pela CPQ Brasil S/A (Acórdão 9101-001657), onde o ágio foi transferido para diversas empresas como forma de reorganização societária, sem invalidar o seu aproveitamento.

- assim o mesmo entendimento deve ser aplicado no caso ora debatido, em que a Recorrente ao adquirir 54,41% da CRH detido pela Purus, tornou-se detentora do direito a amortização do ágio gerado pela diferença entre o custo de aquisição (valor pago pela

Recorrente por meio de ações à Rearden²) e o valor do patrimônio líquido da CRH na proporção de 54,41%, ou seja, com a incorporação da Purus pela Recorrente verificou-se o evento previsto no artigo 386 do RIR/99.

- dessa forma, seja pela ausência de vedação legal, pela coerência, pela jurisprudência citada, é de se reconhecer como legítima a transferência da participação societária, acompanhada do respectivo ágio.

B) Ágio Mukden - Etapas "vii e x" das operações descritas - item 4.4 da decisão recorrida

B.1) Da Indevida Inovação do Lançamento por parte da Turma Julgadora

- no que tange a esta etapa de aquisição das empresas estrangeiras pela Recorrente os Agentes Fiscais concluíram que (i) na incorporação da Mukden houve duplicidade do ágio gerado pela aquisição de 54,41% das unidades operacionais da Rearden no exterior em troca de 23.457.778 ações da Magnesita Refratários; (ii) pelo mesmo evento, troca de ações, acabou gerando dois ágios na Recorrente quando esta incorporou a Mukden e a Purus; um ágio no valor de R\$ 261.392.218,12 e outro no valor de R\$ 166.937.856,43.

- já a Turma Julgadora justificou a manutenção dos lançamentos com base em outro argumento, que não pode ser admitido por esse E. Conselho.

- a conclusão obtida pela Turma Julgadora a partir da inovadora premissa da ocorrência de ágio interno, na tentativa de "salvar" as autuações fiscais, no que tange à glosa da despesa com a amortização do ágio, alterou o critério jurídico adotado pela Fiscalização, o que não pode ser admitido e por isso é imperioso que este Conselho reconheça a nulidade da decisão ora recorrida, com relação a este tópico.

B.2) Inexistência de Ágio Interno - Preço de Aquisição Definido entre Partes Independentes e Não Relacionadas

- ainda que a Turma Julgadora pudesse inovar os lançamentos e deixar de apreciar os argumentos expostos na peça impugnatória, é importante apontar que simplesmente não ocorreu à suposta caracterização do ágio interno.

- a Mukden e a Recorrente eram sociedades distintas, pertencentes a Grupos econômicos totalmente independentes.

- entendeu a Turma Julgadora que "*Contudo, como se viu, trata-se de ágio gerado internamente ('ágio de si mesmo'), sendo, pois, vedada a sua amortização fiscal*". Porém, o valor correspondente à aquisição das ações pela Mukden foi um valor negociado em mercado (ou seja, negociado entre partes independentes), o qual foi validado por meio de Laudos de expectativa de rentabilidade futura, os quais, em momento algum, foram contestados pela Fiscalização.

- portanto, os valores transacionados, correspondentes à troca das ações, foram quantificados entre duas sociedades que não guardavam nenhum vínculo societário entre si, pertencentes a Grupos distintos: um brasileiro e o outro alemão.

B.3) "Ad Argumentandum" - Da Validade do Ágio Interno para o Direito

- mesmo a Turma Julgadora tendo inovado os lançamentos fiscais e considerado o ágio da Mukden como "interno", fato é que tal ágio não afronta o Direito Contábil Fiscal/Tributário.

- nesse sentido, faz-se necessário transcrever a conclusão do Professor Eliseu Martins, acerca da validade do "ágio interno". Confira-se:

"5. Conclusão

O surgimento do ágio em operações de combinação de negócios, realizadas dentro de um mesmo grupo societário, não tem sentido econômico. A Contabilidade, sabiamente, expurga essa informação ao considerar o grupo societário uma entidade única, quando reporta suas demonstrações consolidadas. O correto, contabilmente, é fazer o mesmo nas demonstrações individuais também.

Entretanto, o respaldo em legislação tributária para o fenômeno -ágio gerado internamente - dá sentido econômico à operação." (g.n.)

- além disso, a validade do ágio interno para fins fiscais foi reconhecida pelo CARF ao julgar, em 11/04/2012, o Processo Administrativo nº 10680.724392/2010-28, Acórdão nº 1101-00.708.

- assim no caso do ágio, é a legislação tributária (e não orientações de cunho contábil) que define os efeitos da subscrição e integralização de ações. É a legislação fiscal que disciplina o nascimento do ágio, inclusive definindo o que é o ágio, como deve ser calculado, e seus pressupostos.

- a legislação fiscal prevê as formas como este fundamento econômico pode ser exposto (valor de mercado, rentabilidade futura, e outras razões) e como deve ser determinado e documentado.

- no caso presente o fundamento econômico foi rentabilidade futura avaliada por laudo e esta hipótese está prevista na regra de tributação. Portanto, existe o fundamento econômico do ágio e uma avaliação que não foi questionada em nenhum momento pela fiscalização.

- apesar da fiscalização alegar a inexistência de fundamento econômico, ela o faz se referindo a ausência de pagamento por terceiros, já que a aquisição foi por meio de ações da investida como integralização de capital entre empresas do mesmo grupo. Assim, o Fisco duvida do fundamento econômico, por confundir fundamento econômico com pagamento de terceiro estranho ao grupo, sem levar em conta que o laudo é que é o instrumento legal que garante o fundamento econômico nos termos exigidos pela legislação fiscal.

- se caso se pretendesse sustentar que o valor das ações alienadas (na integralização) não tivessem fundamento econômico, seria preciso atacar os laudos de avaliação. A alegação de que não há fundamento econômico porque inexistente ingresso de recursos no grupo, quando as operações são internas, já que não há um pagamento feito por terceiro estranho ao grupo, é incabível e absurda.

- do mesmo modo, qualquer alegação de cunho contábil que justifique determinada forma de contabilização, não pode afetar os efeitos tributários previsto nas regras voltadas especificamente para disciplinar a tributação, já que não existe nenhuma restrição na legislação fiscal à operações dentro do grupo.

- diante destes equívocos a fiscalização criou uma falsa distinção entre um ágio autêntico, que desfruta do amparo dos arts. 7^a e 8^a da lei n^a 9.532, de 1997, e um ágio artificial, que deixaria de ser alcançado pelos dispositivos citados. Mas, como se vê esta distinção não existe para fins fiscais, nem é admitida pela legislação, e -e^uer é aceita pelos autores citados no que tange à tributação.

- no direito tributário não existe o menor problema em a pessoa agir para reduzir sua carga tributária, desde que atue por meios lícitos, inclusive, é de se esperar que as pessoas façam isso.

- quando uma pessoa física escolhe declarar pelo modelo completo ou pelo simplificado, visando reduzir sua carga tributária, está agindo racional e lícitamente. O mesmo ocorre com dois profissionais que se organizam como empresa para reduzir a carga tributária que teriam como pessoas físicas autônomas.

- no caso em concreto, a operação que redundou no aproveitamento do ágio interno fazia parte de uma reorganização societária e, por isso, não pode ser considerada artificial.

- assim sendo, apesar de demonstrado não se tratar de "ágio interno", mas, sim, de operação realizada entre partes independentes (Grupo brasileiro e Grupo alemão), o fato é que o ágio interno também é válido para o Direito Tributário e deverá, assim, ser admitido.

B.4) Dos Argumentos que não foram apreciados pela Turma Julgadora

- considerando que a Turma Julgadora não apreciou os argumentos aduzidos na peça impugnatória, atinentes à suposta duplicidade entre o ágio da Purus e o ágio da Mukden (fundamento da lavratura dos autos de infração), faz-se necessário reiterá-los nessa oportunidade, a fim de que esse E. Conselho, caso não acolha os argumentos até aqui expostos, reconheça a legitimidade da dedutibilidade da despesa de ágio no presente caso.

- como já mencionado, com a incorporação da Purus pela Recorrente, a Mukden (que era então controladora da Purus) adquiriu as ações da Mukden (ora Recorrente), com um ágio de R\$ 261,392 milhões.

- o valor deste ágio, foi proveniente da diferença entre o patrimônio líquido da Recorrente transferido à Mukden (em razão da incorporação da Purus) em confronto com o valor do patrimônio líquido da Purus (enquanto detido pela Mukden), representante do custo de aquisição, conforme demonstrativo abaixo:

DocId: 32461900 Valor PL da PURUS: 10.97% do R\$ 487.591.259,20 nº 2.200-2 de 2014

Autenticado digitalmente em 29/09/2014 por ALBERTO PINTO SOUZA JUNIOR, Assinado digitalmente em 02/1

0/2014 por GUILHERME POLLASTRI GOMES DA SILVA, Assinado digitalmente em 28/10/2014 por ALBERTO PINTO

SOUZA JUNIOR

Impresso em 29/10/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

PL da *Magnesita*: ÁgioR\$ (226.200.035,88)

R\$ 261.392.218,12

- verifica-se, assim, que não existe duplicidade entre o ágio registrado na Purus e o ágio registrado na Mukden. Isso porque, o ágio registrado pela Purus foi auferido com base na aquisição de participação societária na CRH, integralizada pela Rearden 2. Por outro lado, o ágio registrado pela Mukden refere-se à aquisição de ações da Recorrente, em razão da incorporação por ela da Purus (então controlada da Mukden), conforme já destacado.

- ou seja, são operações distintas, tanto que na incorporação da Purus a Recorrente figura como controladora, já no ágio da Mukden a Recorrente figura como controlada.

- demonstrada a inexistência de duplicidade de valores e o evidente equívoco cometido pelos Srs. Agentes Fiscais, notório que o ágio contabilizado na Mukden também é passível de amortização, nos termos do já citado art. 386 do RIR/99, tendo em vista a posterior incorporação desta empresa pela Recorrente.

- com a incorporação da Purus pela Magnesita, a Mukden passa a deter participação societária na Recorrente e registra o ágio decorrente da troca dessas ações. Portanto, exatamente nos termos do citado artigo, quando a Recorrente incorpora a Mukden passa a deter o direito à amortização desse ágio.

- além disso, conforme já citado, nos termos do artigo 227 da Lei nº 6.404/76, a Recorrente ao incorporar a Mukden sucede-a em direitos e obrigações. Ou seja, o "ágio", que estava registrado na Mukden, é transferido e a Recorrente passa a amortizá-lo.

- esclarecido esse ponto e demonstrada a legalidade da amortização do ágio gerado na Mudken pela Recorrente, aguarda a Recorrente que esse E. Conselho cancela os autos de infração originários do presente processo.

C) Ágio na Aquisição Direta da CRH - Etapas "v, viii, ix e x" das operações descritas - item 4.2 da decisão recorrida - fls. 4.815

- a Fiscalização ao analisar a operação de incorporação da EDRJ91 concluiu, de forma equivocada, o seguinte:

"Em relação à aquisição direta de 45,59% da CRH por Magnesita Refratário, na qual a fiscalizada apurou um ágio de R\$ 143.047.733,03, conforme informado na resposta do dia 22/08/11 como resultado de:

Valor de Aquisição/Aumento de capital: R\$ 413.656.500,00
 (-) PL proporcional da CRH: R\$ (270.608.766,97)
 (=) Ágio na aquisição de 45,59% da CRH: R\$ 143.047.733,03

'verificamos igualmente que os requisitos do artigo 386 do RIR/99 não foram satisfeitos, pois a fiscalizada nunca incorporou a CRH, empresa na qual detinha participação societária adquirida com

ágio. A CRH, como se verá mais adiante, foi incorporada por EDRJ91 e a partir deste momento a CRH extingui-se de pleno direito, assim como qualquer eventual direito de amortização do ágio registrado pela fiscalizada na aquisição da participação societária em CRH, pois este direito somente poderia surgir caso a própria fiscalizada incorporasse a CRH, fato que nunca ocorreu.

Mais uma vez relembramos o teor do artigo 111 do CTN que estabelece que a legislação tributária que disponha sobre benefício fiscal deve ser interpretada literalmente." (TVF - fls. 35)

- novamente a justificativa para a não aceitação do ágio amortizado pela Recorrente está balizada no art. 386 do RIR/99, o que foi corroborado pelo voto vencedor do acórdão ora recorrido.

- no entanto, não pode ser admitida esta alegação, haja vista que a EDRJ91 - após a incorporação da CRH - representava o mesmo investimento já realizado e registrado com ágio na Recorrente, qual seja, a participação na CRH.

- com a incorporação da CRH pela EDRJ esta passa a ser sucessora em direitos e obrigações, nos termos do mencionado artigo 227 da Lei das S/A, inclusive o direito de incorporar ou ser incorporada, para fins de amortização do ágio gerado, conforme o já citado artigo 386 do RIR/99. Logo, a incorporação da EDRJ91 pela Recorrente não deixa de ser a incorporação do investimento direto já detido pela Recorrente na CRH, com o conseqüente aproveitamento do ágio, uma vez que já havia ocorrido a incorporação da CRH pela EDRJ91.

- isso porque, antes mesmo da inclusão da EDRJ91 no quadro societário em questão, o ágio oriundo do pagamento em dinheiro, realizado em 19/10/2008, no valor total de R\$ 413,626 milhões, pela participação de 45,59% na CRH (R\$ 270,608 milhões) já pertencia à Recorrente e estava devidamente registrado em sua contabilidade.

- efetivamente, o ágio em questão, no montante de R\$ 143.047.733,03, nasce no momento em que a Recorrente aumenta o capital da CRH com € 150 milhões (R\$ 413, 656 milhões) e desde então a Recorrente já efetuou o registro contábil desse valor.

- o fato da empresa EDRJ91 ter incorporado a CRH em nada afeta o ágio já contabilizado na Recorrente, pois os atos societários praticados não descaracterizam o investimento feito pela Recorrente, ao contrário, o ato de incorporação da CRH pela EDRJ, autoriza que esta última seja incorporada pela Recorrente para fins de amortização fiscal do ágio.

Aliás, nesse sentido foi o voto vencido proferido pelo Relator do acórdão recorrido. Confira-se:

"Não há como não aceitar essas operações dentro do escopo do citado art. 386, III, do RIR/1999. Veja-se que o ágio nasceu quando a Impugnante adquiriu participação societária na CRH, cujo registro contábil se deu na forma prevista no inciso II, do § 2º, do art.

385, do RIR/1999. Portanto, passível de amortização na hipótese do art. 386, III, do RIR/1999.

Mesmo que a Impugnante não tenha incorporado diretamente a CRH, mas indiretamente pela incorporação da EDRJ91 (que já havia incorporado a CRH), tal fato não desnatura a origem desse ágio que nasceu quando do investimento da Impugnante na CRH.

O que importa, no caso, foi que existiu o investimento direto feito pela Magnesita Refratários S/A na CRH, contabilizado nos termos do ait. 385, II, sob o fundamento econômico calcado no valor de rentabilidade da CRH, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros e posteriormente, ainda que forma indireta, a CRH foi incorporada pela Magnesita Refratários S/A.

....

Desse modo, atendido os pressupostos do art. 385, II, § 2º, II, e § 3º c/c 386, III, todos do RIR/1999, é cabível a amortização do ágio, merecendo, pois, alterar os demonstrativos fiscais para afastar os efeitos dessa glosa procedida indevidamente pela Fiscalização." g.n. - fls. 4.800 e 4.801 da decisão recorrida.

- assim, o argumento do voto vencedor de que com o evento da incorporação da CRH pela EDRJ91, houve a baixa do valor patrimonial e do ágio por rentabilidade futura, inviabilizando a sua amortização pela Recorrente não merece guarida. Isso porque, O ágio decorreu da operação feita entre partes independentes (Magnesita Refratários x CRH-Grupo Rhone), na qual o ativo adquirido foi avaliado a valor de mercado.

- não fosse a criação da EDRJ91, a Recorrente poderia ter incorporado de forma direta a CRH, passando a obter o mesmo resultado, qual seja o direito à amortização do ágio.

- além disso, ainda que a absorção da pessoa jurídica investida, requerida pelo art. 386 do RIR/99, fosse obrigatoriamente a da pessoa jurídica operacional, o argumento não prosperaria, pois a lei não exige que a pessoa jurídica incorporada seja uma empresa operacional.

- portanto, ao contrário do entendimento firmado pelo voto vencedor, a incorporação da CRH pela EDRJ91 não extinguiu o direito de amortização do ágio gerado na operação primária, decorrente da aquisição do investimento na CRH, realizada entre a Recorrente e o Grupo Rhone.

Os Srs. Agentes Fiscais entenderam que as **empresas** Mukden Participações Ltda. ("Mukden"), Purus Participações Ltda. ("Purus"), Caribbean Refractories Holdings Ltda. ("CRH"), LWB Island Company Ltda. ("LIC") e a EDRJ91 Participações Ltda., seriam "empresas veículo", sem propósito negocial, com base nos seguintes argumentos (p. 39 do TVI).

- porém, cada uma dessas empresas possuiu um papel específico e uma função na operação em questão, como já destacado:

- (i) **Mukden:** uma empresa *holding* que foi estabelecida com a finalidade de centralizar o investimento realizado pelo Grupo Rhône na Magnesita. Foi a Mukden que recebeu os 10,97% de ações como pagamento pela aquisição da Rearden, sem a necessidade de abertura do direito de preferência aos minoritários e viabilizando a negociação.
- (ii) **Purus:** criada com o objetivo de receber da "Rearden 2" 54,41% da participação societária da CRH, para posterior incorporação pela Impugnante. Com a incorporação, foi transferido à Mukden, sua controladora, 10,97% das ações da Impugnante.
- (iii) **CRH:** uma *holding* formada para receber o pagamento feito em dinheiro pela Impugnante. Este pagamento foi depositado em uma conta de garantia (conta *eSCrOW*) e SÓ foi transferido aos vendedores quando com a incorporação da Purus pela Impugnante e a finalização da aquisição.
- (iv) **LIC:** sua constituição teve o objetivo primordial de receber participações societárias adquiridas pela Magnesita, em total conformidade com seu objeto social. Esta empresa passou a exercer o objeto exclusivo de participação societária, evitando a contaminação de suas atividades com o exercício de outras operações.
- Outro aspecto relevante que desnatura a sua caracterização como empresa veículo, é que a LIC, além de continuar controlando o investimento adquirido pela Recorrente na aquisição da Rearden, recentemente captou recursos no exterior, por meio da emissão de bonds perpétuos, para o financiamento das atividades desenvolvidas pelo Grupo Magnesita.
- (v) **EDRJ91:** constituída para incorporar a CRH em uma empresa nacional, antes da incorporação final pela própria Impugnante. Esta empresa não representou qualquer geração de novos direitos ou obrigações, sendo neutra para fins fiscais.

- portanto, não há que se falar em "empresa veículo", pois na presente hipótese tem-se um ágio gerado em um contexto de aquisição de sociedades entre partes independentes, com pagamento em dinheiro e em ações e, ainda, com evidente propósito negocial.

- ante o exposto, torna-se evidente a total insubsistência das alegações quanto à existência das chamadas "empresas veículos", motivo pelo qual deverá ser mantido o entendimento exarado na decisão ora reconhecida.

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

- ao analisar a operação praticada pela Recorrente, a Turma Julgadora acertadamente afastou a incidência da referida multa, reconhecendo a licitude da reorganização societária que culminou na aquisição da Rearden.

- andou bem a Turma Julgadora, já que, além de não ter ocorrido nenhum dos fatos ensejadores à aplicação da multa, em momento algum os Fiscais comprovaram a prática de qualquer conduta dolosa, limitando-se, apenas, a citação do dispositivo legal que trata da aplicação da multa agravada.

- no caso foi dada a devida publicidade a todas as operações realizadas pela Recorrente, sendo que todos os atos foram realizados da forma mais adequada, lúdima e transparente possível. Nada foi ocultado ou praticado de forma ilícita.

- assim sendo, em razão dos argumentos expostos peia Turma Julgadora, a Recorrente ratifica todos os termos constantes em sua peça impugnatória que reforçam a inaplicabilidade da aplicação da multa agravada no caso em apreço.

- Da Impossibilidade da Cobrança da Multa Isolada em Razão da Falta de Recolhimento do IRPJ e da CSLL por Estimativa

- a Recorrente foi autuada também por ter, supostamente, deixado de recolher valores devidos a título de estimativas mensais de IRPJ e CSLL, nos anos-calendário de 2008 e 2009.

- na mesma linha, manifestou a Turma Julgadora o entendimento de que seria cabível a cobrança da multa isolada em comento.

- na hipótese de não serem acolhidos os argumentos até aqui expostos com o cancelamento integral dos autos de infração, fato é que a multa isolada lançada, por suposta falta de recolhimento do IRPJ e da CSLL sobre as estimativas mensais, não poderá ser mantida por este E. Conselho.

- até o advento da Lei nº 8.383/91, o IRPJ e a CSLL eram apurados em sistema de "base anual", ou seja, os fatos econômicos integrantes do fato gerador desses tributos ocorriam ao longo do ano-base e somente em 31 de dezembro eram quantificados, de maneira a propiciar a aferição da base de cálculo sobre a qual incidia a exação.

- após a edição da referida norma, o IRPJ e a CSLL passaram a ser apurados em sistema de "bases correntes", ou seja, na medida em que os fatos econômicos integrantes do fato gerador ocorrem, quantifica-se as bases de cálculo naquele mesmo mês e o contribuinte efetua mensalmente o pagamento desses tributos.

- são estes os chamados recolhimentos por estimativa. Contudo, mesmo nesta sistemática, ao final do ano-base o contribuinte deve elaborar sua *declaração de ajuste*, com a finalidade de verificar se o montante que foi pago ao longo do ano excede ou fica aquém do que realmente é devido.

- assim, somente ao final do ano-base é que o contribuinte verifica o *quantum* definitivo de IRPJ e da CSLL a pagar, confrontando-se os valores devidos com os valores pagos por estimativa, pelo que, independentemente do sistema de apuração (base anual/bases correntes), o fato jurídico tributário do IRPJ e da CSLL permaneceu sendo ANUAL, pois somente em 31 de dezembro é que se tem a base de cálculo definitiva para a apuração dessas exações.

- desta maneira, os recolhimentos efetuados com base na estimativa nada mais são do que uma antecipação do tributo que será devido no encerramento do período-base.

- firmadas essas premissas, verifica-se que a multa isolada, prevista atualmente no inciso II, alínea "b" do artigo 44 da Lei nº 9.430/96, com a redação conferida pelo artigo 14 da Lei nº 11.488/07, diferentemente do que entendeu a Autoridade Fiscal e a Turma Julgadora, somente pode ser exigida caso o Fisco verifique a falta de recolhimento dos tributos, ou recolhimento insuficiente, com base em estimativas mensais, antes do término do ano-base.

- como os autos de infração, objeto do presente processo, foram lavrados após o encerramento dos anos-base de 2008 e 2009, eventuais insuficiências de recolhimento do IRPJ e da CSLL não mais poderão ser punidas pela exigência da multa isolada, conforme já decidiu reiteradas vezes o antigo Conselho de Contribuintes, *verbis*:

"IRPJ - MULTA ISOLADA - Encerrado o período de apuração do imposto de renda, a exigência de recolhimentos por estimativa deixa de ter sua eficácia, uma vez que prevalece a exigência do imposto efetivamente devido apurado, com base no lucro real, em declaração de rendimentos apresentada tempestivamente. O mesmo ocorre, no caso de ocorrência de prejuízo fiscal no exercício. Revela-se, portanto, improcedente a cominação de multa." (Acórdão nº 103-21.253;

- tal entendimento também já vem sendo adotado pela recente jurisprudência deste E. CARF, consoante se pode depreender da ementa abaixo colacionada:

"MULTA ISOLADA POR FALTA DE RECOLHIMENTO DAS ESTIMATIVAS ENCERRAMENTO DO ANO CALENDÁRIO. A multa isolada por falta de recolhimento das estimativas não tem lugar quando aplicada após o encerramento do exercício, quando efetivamente já se conhece o montante efetivo do tributo devido ou do prejuízo apurado." (Acórdão nº 1103-00.200; g.n.)

- ante o exposto, não deve prosperar a manutenção da cobrança das multas isoladas, pois como já estavam encerrados os anos-base de 2008 e 2009 quando ciência da lavratura dos autos de infração em comento (26/12/2011), não poderia a Autoridade Fiscal, no presente caso, apurar o IRPJ e a CSLL devidos por estimativa, motivo pelo qual a decisão ora recorrida deve ser integralmente exonerada.

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

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 29/09/2014 por ALBERTO PINTO SOUZA JUNIOR, Assinado digitalmente em 02/1

0/2014 por GUILHERME POLLASTRI GOMES DA SILVA, Assinado digitalmente em 28/10/2014 por ALBERTO PINTO

SOUZA JUNIOR

Impresso em 29/10/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

- ainda que fosse possível lançar, após os encerramentos dos anos-base de 2008 e 2009, multa isolada em razão do não recolhimento dessas estimativas, não poderá prevalecer o entendimento da Turma Julgadora no sentido de permitir, sobre a mesma base de cálculo, a cumulação da multa isolada com qualquer outra penalidade, como ocorreu no presente caso.

- verifica-se que há cobrança cumulativa da multa isolada com a multa de ofício, sobre os mesmos valores supostamente devidos a título de IRPJ e da CSLL, o que não pode ser admitido. Isso porque, trata-se de dupla incidência sobre a mesma materialidade, uma vez que os valores adicionados pela Fiscalização nas bases mensais, para cálculo da multa isolada, foram os mesmos incluídos no cálculo do ajuste anual para a cobrança da multa de ofício sobre os valores supostamente não recolhidos desses tributos.

- ou seja, se trata de dupla incidência sobre a mesma materialidade, assunto esse com posicionamento pacífico neste E. CARF.

- nesse sentido, cite-se o entendimento manifestado, por unanimidade de votos, no Acórdão nº 1401-00.021, proferido pela Primeira Turma Ordinária, da Quarta Câmara da Primeira Seção de Julgamento, *verbis*:

"MULTA ISOLADA. EXISTÊNCIA DE MULTA PROPORCIONAL. A multa de ofício sobre CSL efetiva (anual) exclui a incidência da multa isolada sobre CSL mensal por estimativa. Apenado o continente, incabível apenar o conteúdo." (g.n.)

- tendo em vista a pacificação acerca da impossibilidade da cumulação de multa isolada por falta de recolhimento de estimativas com a multa de lançamento de ofício, deve também ser reformar a decisão ora recorrida e determinar o cancelamento da cobrança das multas isoladas.

- Da Ilegalidade da Cobrança de Juros Sobre a Multa

- ainda que se entenda correta a utilização da taxa Selic para cobrança dos juros de mora incidentes sobre o tributo, é certo que os juros calculados com base nessa taxa não poderão ser exigidos sobre a multa de ofício lançada, por absoluta ausência de previsão legal.

- de fato, o artigo 13 da Lei 9.065/95, que prevê a cobrança dos juros de mora com base na taxa Selic, remete ao artigo 84 da Lei 8.981/95, que, por sua vez, estabelece a cobrança de tais acréscimos apenas sobre tributos, *verbis*:

"Art. 13. A partir de 1º de abril de 1995, os juros de que tratam a alínea c do parágrafo único do art. 14 da Lei nº 8.847, de 28 de janeiro de 1994, com a redação dada pelo art. 6º da Lei nº 8.850, de 28 de janeiro de 1994, e pelo art. 90 da Lei nº 8.981, de 1995, o art. 84, inciso I, e o art. 91, parágrafo único, alínea a.2, da Lei nº 8.981, de 1995, serão equivalentes à taxa referencial do Sistema

Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente." (g.n.)

"Art. 84. Os tributos e contribuições sociais arrecadados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores vierem a ocorrer a partir de 1º de janeiro de 1995, não pagos nos prazos previstos na legislação tributária serão acrescidos de:

I - juros de mora, equivalentes à taxa média mensal de captação do Tesouro Nacional relativa à Dívida Mobiliária Federal Interna;"

- como é sabido, não se pode confundir os conceitos de tributo e de multa. Multa é penalidade pecuniária, não é tributo. É o que se verifica com clareza pela leitura da definição de "tributo", contida no artigo 3º do Código Tributário Nacional ("CTN"), abaixo transcrito:

"Art. 3º Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada." (g.n.)

- essa característica distingue os tributos das multas. De fato, a instituição de uma multa tem como objetivo sancionar esse comportamento repudiado pelo ordenamento jurídico, possuindo, portanto, verdadeira natureza de sanção, que é aplicada em decorrência do descumprimento de uma obrigação principal ou acessória), estando, portanto, expressamente excluída do conceito de tributo indicado no artigo 3º do CTN.

- ademais, o parágrafo primeiro do artigo 113 do CTN, ao diferenciar "tributo" de "penalidade pecuniária", ratifica o que ora se demonstra, deixando claro que as duas figuras não se confundem. Confira-se:

"Art. 113. A obrigação tributária é principal ou acessória.
§ 1º A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de **tributo ou penalidade pecuniária** e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente." (g.n.)

- demonstrado que a multa não é tributo, e que só há previsão legal para que os juros calculados à taxa Selic incidam sobre tributo, a cobrança de juros sobre a multa, desrespeita o princípio constitucional da legalidade, o que não pode ser admitido por esse E. Conselho.

- ao exigir os juros calculados à taxa Selic sobre a multa de ofício lançada, a Autoridade Fiscal agiu em evidente afronta ao princípio constitucional da legalidade, o que não pode ser admitido. Nesse sentido já decidiu o antigo Conselho de Contribuintes, atual Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, a exemplo do Acórdão a seguir transcrito:

"INCIDÊNCIA DE JUROS SOBRE A MULTA
DE OFÍCIO - INAPLICABILIDADE - Não incidem

os juros com base na taxa Selic sobre a multa de ofício, vez que o artigo 61 da Lei n.º 9.430/96 apenas impõe sua incidência sobre débitos decorrentes de tributos e contribuições. Igualmente, não incidem os juros previstos no artigo 161 do CTN sobre a multa de ofício." (Acórdão n.º 101-96.523, g.n.)

MULTA DE OFÍCIO - JUROS MORATÓRIOS -
Na execução das decisões administrativas, os juros de mora à taxa selic só incidem sobre o valor do tributo, não alcançando o valor da multa aplicada. Sobre a multa podem incidir juros de mora à taxa de 1% ao mês, contados a partir do vencimento do prazo para impugnação. (Acórdão 105-16754)

- a Câmara Superior de Recursos Fiscais já pacificou o entendimento quanto à não incidência dos juros de mora sobre a multa de ofício (acórdão CSRF/02-03.133 ainda não formalizado).

É o Relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Alberto Pinto Souza Junior.

Conheço dos recursos voluntário e de ofício por preencherem os requisitos do Decreto nº 70.235/72.

1. RESUMO DA LIDE.

Cuida o presente lançamento das exigências do IRPJ, e da CSLL, bem como das respectivas Multas Isoladas pela falta do recolhimento mensal do imposto e da contribuição devidos com base em balancetes de suspensão ou redução, ajustados pela auditoria fiscal em função das glosas de despesas efetuadas no presente lançamento.

A tributação decorreu das infrações constatadas no curso do procedimento fiscal, substancialmente caracterizadas pelas glosas de despesas contabilizadas referentes às amortizações de ágio, nos anos-calendário de 2008 e 2009, infrações essas divididas em dois grandes grupos.

O primeiro relativamente ao ágio apurado pela RPAR (atualmente, Magnesita Refratários S/A, ora Recorrente) nas compras das ações da Magnesita S/A, seja dos seus antigos controladores (pessoas físicas), seja via OPA's, e da Partimag S/A.

O segundo, nas negociações com empresa situada no exterior, “Rearden 2”, que resultou na aquisição da “Rearden”, sociedade constituída de acordo com as leis da Alemanha.

A ação fiscal encontra-se minuciosamente narrada no TVF, acompanhado dos correspondentes demonstrativos de apuração das bases de cálculo levantadas e dos titulares “DESENHOS ESQUEMÁTICOS nºs 1 A 8”.

As multas de ofício aplicadas foram, em parte, qualificadas, de 150%, notadamente em relação às infrações tipificadas no segundo grupo (ágios apurados nas negociações e aquisições de empresas estrangeiras), com base no art. 957, II, do RIR/1999 (art. 44, da Lei nº 9.430/96), porque a Fiscalização entendeu que a conduta do contribuinte em primeiro “desorganizar-se” para em seguida “reorganizar-se”, apenas e tão-somente para gerar ágio amortizável para reduzir o montante dos tributos devidos, caracterizou o evidente intuito de fraude, como definido na Lei nº 4.502, de 1964, arts. 71 a 73.

Diante das inúmeras acusações e para facilitar o deslinde da controvérsia passo a adotar a cronologia adotada no voto da DRJ, que deu parcial provimento à impugnação da Recorrente, rebatendo e comentando somente a parte que interessa para o deslinde da questão.

2. CONSIDERAÇÕES ACERCA ÁGIO. FUNDAMENTO ECONÔMICO. AMORTIZAÇÃO FISCAL. INCORPORAÇÃO. COMPROVANTE PARA SUA ESCRITURAÇÃO.

2.1. DOUTRINA. CONCEITO. FUNDAMENTO ECONÔMICO.

2.2. ASPECTOS FISCAIS.

2.2.1. DESDOBRAMENTO DO CUSTO DE AQUISIÇÃO.

2.2.2. DOS FUNDAMENTOS ECONÔMICOS DO ÁGIO.

2.2.3. AMORTIZAÇÃO FISCAL. RENTABILIDADE FUTURA DA COLIGADA OU CONTROLADA.

2.2.3.1. INCORPORAÇÃO.

2.2.3.2. VEDAÇÃO DO ÁGIO INTERNO.

Para manter a tributação do ágio interno a DRJ fez basicamente as seguintes considerações:

“Primeiramente, no caso da incorporação (notadamente, às avessas), o limite que se impõe decorre do seu uso para o reconhecimento de ágio gerado internamente, dentro do mesmo grupo econômico ou quando a *mais-valia* do investimento decorrer da perspectiva de rentabilidade futura da própria empresa que ao final do processo de incorporação será a beneficiária do ganho fiscal que lhe permitirá amortizar o ágio nascido dela mesma.

Esse impedimento decorre da Ciência Contábil e foi consagrado pelo Conselho Federal de Contabilidade que o enunciou, expressamente, como consequência do Princípio do Registro pelo Valor Original, consoante art. 7º da Resolução CFC nº 750/1993. O Conselho Federal de Contabilidade editou, ainda, a Resolução CFC nº 1.110/2007

(...)

De outro lado, a Comissão de Valores Mobiliários (CVM), autarquia federal responsável pela fiscalização e regulação do mercado de valores mobiliários, também condena o reconhecimento de ágio em operações realizadas dentro mesmo grupo econômico, como se vê do Ofício-Circular/CVM/SNC/SEP nº 01/2007, de 14 de fevereiro de 2007.

(...)

A CVM ressalva que essas operações podem até ter sido efetuadas de acordo com o procedimento previsto na lei societária, isto é, precedidas de protocolo e justificação de incorporação, avaliação e assembléias das companhias envolvidas, formalidades que, todavia, não alteram o fato de que elas não se revestem de substância econômica passível de registro pela Contabilidade, consoante o excerto do mesmo Ofício-Circular:

(...)

Ainda que, do ponto de vista formal, os atos societários tenham atendido à legislação aplicável (não se questiona aqui esse aspecto), do ponto de vista econômico, o registro de ágio, em transações como essas, somente seria concebível se realizada entre partes independentes, conhecedoras do negócio, livres de pressões ou outros interesses que não a essência da transação, condições essas denominadas na literatura internacional como "arm's length".

Portanto, é nosso entendimento que essas transações não se revestem de substância econômica e da indispensável independência entre as partes, para que seja passível de registro, mensuração e evidenciação pela contabilidade. (g.n.)

A CVM observa que a mera observância das formalidades previstas na lei societária não é condição suficiente para reconhecer o ágio surgido em uma determinada operação, sendo necessário observar, também, requisitos materiais, como a independência das partes, pagamento e um efetivo ambiente concorrencial.

Desse modo, fica claro que tanto os atos normativos do CFC ou da CVM como a doutrina contábil rejeitam o reconhecimento de um ágio formado internamente.

Adiantando, no caso vertente, a ressalva que se faz é quanto ao ágio nascido, em 05/11/2008 (*contido no segundo grupo de infrações*), quando a Mukden Participações Ltda adquire ações da Magnesita Refratários S/A, ora Impugnante, com ágio de **R\$261.392.218,12**, calcado na perspectiva de rentabilidade futura da própria Impugnante, que posteriormente, em 18/12/2008, ao incorporar a Mukden (*portanto, incorporação às avessas*), passa a ter o direito de amortização fiscal deste ágio. Contudo, como se viu, trata-se de ágio gerado internamente (**"ágio de si mesmo"**), sendo, pois, vedada a sua amortização fiscal."

Em relação a este ágio, não concordo com a decisão da DRJ com base em inúmeros julgados neste sentido, dentre os quais destaco o processo nº 16682.720880/2011-11 (Multiplan S/A), acórdão nº 1302-001.150, cuja ementa diz:

GLOSA DA AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO. INDEVIDA. SIMULAÇÃO. NÃO CARACTERIZADA.

Deve ser afastada a imputação de simulação, quando não demonstrado o

pacto simulatório.

O fato de o investidor no exterior ter preferido aportar capital em uma subsidiária brasileira, para que essa depois adquirisse as ações da recorrente com ágio não se constitui em conduta simulada, pois, diante de dois caminhos lícitos, não estaria obrigado a optar pelo mais oneroso tributariamente, ou seja, aquele em que ele adquirisse diretamente as ações com ágio e depois não pudesse realizar o evento (incorporação, fusão ou cisão) que lhe permitisse recuperar o custo sem alienar o investimento.

A dedutibilidade da amortização do ágio fundamentado em expectativa de rentabilidade futura, após a incorporação da controladora pela controlada, encontra expressa previsão legal nos arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97.

Destaco o voto na parte que interessa, do ilustre Relator Alberto Pinto de Souza Junior, por ser relativa a questão idêntica a ora posta em discussão quando diz:

“No caso em tela, porém, embora a autoridade fiscal tente enquadrar a situação como ágio interno, nem isso sequer seria possível, pois houve efetivo pagamento pelo ágio a terceiros, ou seja, quando a BERTOLINO pagou R\$ 745.877.102,89 a título de ágio na aquisição de 47.327.029 de novas ações da MTE, não os estava pagando a uma empresa do mesmo grupo econômico.

Da simples leitura do TVF, nota-se que a autoridade fiscal nega em verdade o permissivo legal criado pelos art. 7º e 8º da Lei 9.532/97, ou seja, estamos diante de uma situação em que foi efetivamente pago o ágio (não se trata de planejamento com base no art. 36 da Lei 10.637/02), no qual um investidor estrangeiro (1700480 ONTARIO INC) aporta capital em uma empresa (BERTOLINO), a qual adquire ações de outra empresa com ágio (MTE) e, a seguir, esta incorpora aquela.

Da mesma forma, não estamos diante do planejamento de transferência de ágio externo (aquele decorrente do processo de privatização, em que o investidor se utiliza de empresa veículo para transferir o ágio que pagou no leilão de privatização para a empresa operacional adquirida). Trata-se aqui de aplicação direta do disposto nos arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97 sem utilização de empresa veículo, pois a autoridade fiscal se insurge contra o fato de o investidor no exterior ter preferido aportar capital em uma subsidiária, para que essa depois adquirisse as ações da recorrente com ágio. Por certo, entendeu a autoridade fiscal que estaria obrigado o investidor a optar por adquirir diretamente as ações da recorrente com ágio, pois aí não teria como se valer das referidas normas – caminho mais oneroso.”

Destaco que a Turma Julgadora reconheceu o propósito negocial e reduziu a multa majorada, porém, de forma equivocada, acabou por manter a glosa em questão.

Pelo que se extrai dos autos, houve uma confusão em relação a esta questão do ágio interno, uma vez que restou claro que a Mukden e a Recorrente eram sociedades distintas, pertencentes a Grupos econômicos totalmente independentes.

O valor correspondente à aquisição das ações pela Mukden foi negociado em mercado entre partes independentes e validado por meio de Laudos de expectativa de rentabilidade futura, os quais, em momento algum, foram contestados pela Fiscalização.

Portanto, os valores transacionados, correspondentes à troca das ações, foram quantificados entre duas sociedades que não guardavam nenhum vínculo societário entre si, pertencentes a Grupos distintos: um brasileiro e o outro alemão, e houve pagamento.

Mesmo assim não fora, a validade do ágio interno para fins fiscais foi reconhecida pelo CARF em diversos julgados. Senão vejamos:

INCORPORAÇÃO DE AÇÕES - EMPRESAS DO MESMO GRUPO - O registro foi expressamente admitido pelo art. 36 da Lei nº 10.637/2002, não podendo a administração tributária recusar-lhe os efeitos previstos nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.542/97.

(Proc. nº 16643-000392/2010-61)

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO GERADO INTERNAMENTE. INDEDUTIBILIDADE. Somente há ágio, passível de amortização, em aquisição onerosa de investimentos por terceiros. Não se caracteriza como tal a valorização reconhecida internamente, ainda que fundada em laudo de rentabilidade futura e associada ao reconhecimento de ganho de capital por parte dos sócios.

ÁGIO INTERNO.

A circunstancia da operação ser praticada por empresas do mesmo grupo econômico não descaracteriza o ágio, cujos efeitos fiscais decorrem da legislação fiscal. A distinção entre ágio surgido em operação entre empresas do grupo (denominado de *ágio interno*) e aquele surgido em operações entre empresas sem vínculo, não é relevante para fins fiscais.

ÁGIO INTERNO. INCORPORAÇÃO REVERSA. AMORTIZAÇÃO. Para fins fiscais, o ágio decorrente de operações com empresas do mesmo grupo (dito *ágio interno*), não difere em nada do ágio que surge em operações entre empresas sem vínculo. Ocorrendo a incorporação reversa, o ágio poderá ser amortizado nos termos previstos nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997.

(Proc. nº 10680-724392/2010-28)

DESPESA COM AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. GLOSA INDEVIDA.

Se as operações que geraram o ágio foram procedimentos legais em seu aspecto formal, conforme reconhece o próprio TVF, e não resta demonstrada qualquer ilicitude na conduta da recorrente, como sustenta a decisão recorrida, não procede a glosa da despesa com amortização do ágio.

(Proc. nº 16561.720045/2011-40)

No caso do ágio, é a legislação tributária (e não orientações de cunho contábil) que define os efeitos da subscrição e integralização de ações e que disciplina o nascimento do ágio, inclusive definindo o que é o ágio, como deve ser calculado, e seus pressupostos, dispondo inclusive como este fundamento econômico pode ser expresso (valor de mercado, rentabilidade futura, etc) e como deve ser determinado e documentado.

No caso presente o fundamento econômico foi rentabilidade futura avaliada por laudo e esta hipótese está prevista na regra de tributação. Portanto, existe o fundamento econômico do ágio e uma avaliação que não foi questionada em nenhum momento pela fiscalização.

Ao alegar a inexistência de fundamento econômico, a fiscalização o faz alegando a ausência de pagamento por terceiros, já que a aquisição foi por meio de ações da investida como integralização de capital entre empresas do mesmo grupo, confundindo o fundamento econômico, por confundir fundamento econômico com pagamento de terceiro estranho ao grupo, sem levar em conta que o laudo é que é o instrumento legal que garante o fundamento econômico nos termos exigidos pela legislação fiscal.

Se caso se pretendesse sustentar que o valor das ações alienadas (na integralização) não tivessem fundamento econômico, seria preciso atacar os laudos de avaliação. A alegação de que não há fundamento econômico porque inexistente ingresso de recursos no grupo, quando as operações são internas, já que não há um pagamento feito por terceiro estranho ao grupo, a meu ver é incabível.

Diante destes equívocos a fiscalização criou uma falsa distinção entre o ágio autêntico, que desfruta do amparo dos arts. 7^a e 8^a da lei n^a 9.532, de 1997, e o ágio artificial, que deixaria de ser alcançado pelos dispositivos citados.

No caso em concreto, a operação que redundou no aproveitamento do ágio interno fazia parte de uma reorganização societária e, por isso, não pode ser considerada artificial.

Assim entendo que, apesar de demonstrado não se tratar de "ágio interno", mas, sim, de operação realizada entre partes independentes (Grupo brasileiro e Grupo alemão) e com pagamento, o fato é que o ágio interno também é válido para o Direito Tributário e deverá, assim, ser admitido.

2.2.3.3. PROPÓSITO NEGOCIAL. OUTRAS CONDIÇÕES.

Quanto a este ponto o voto condutor da DRJ é irrepreensível e a ele me louvo em sua integralidade, pois demonstrado o propósito comercial e os demais requisitos para o aproveitamento do ágio.

2.2.4. TRATAMENTO FISCAL. DEMAIS FUNDAMENTOS ECONÔMICOS.

2.2.4.1. VR. DE MERCADO DOS BENS DA CONTROLADA OU COLIGADA.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 29/09/2014 por ALBERTO PINTO SOUZA JUNIOR, Assinado digitalmente em 02/1

0/2014 por GUILHERME POLLASTRI GOMES DA SILVA, Assinado digitalmente em 28/10/2014 por ALBERTO PINTO

SOUZA JUNIOR

Impresso em 29/10/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

2.2.4.2. FUNDO DE COMÉRCIO, INTANGÍVEIS E OUTRAS RAZÕES ECONÔMICAS.

2.3. ÁGIO. DEMONSTRAÇÃO OU COMPROVANTE DA ESCRITURAÇÃO.

A decisão da DRJ, não aceitou o aproveitamento do ágio pago pela RPAR HOLDING S/A nas compras diretas ou indiretas de ações da Magnesita S/A, principalmente porque feito à margem da Lei nº 6.404, de 1976, e das regulamentações da CVM, não atendendo, assim, ao disposto no art. 385, §3º, do RIR/1999.

Destaco os principais trechos da decisão neste sentido:

“A lei determina expressamente que o lançamento do ágio, cujo fundamento econômico seja o valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ao custo registrado na sua contabilidade ou o da **rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros**, deve ser baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração.

(...)

Como é de sabença geral, a legislação fiscal aplicável tanto ao imposto de renda como à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido exige que a determinação do lucro real não pode prescindir de **documentação hábil e idônea que confira ao registro contábil a garantia mínima dos seus efeitos tributários**.

Nesses casos, faz-se necessário que o lançamento do ágio esteja amparado em documentação hábil e idônea, definida, inclusive, dependendo das circunstâncias do caso, em preceitos legais. Ora, tratando-se de ágio registrado por sociedade anônima ou companhia de capital aberto, sujeitas, pois, à Lei das S/A (Lei nº 6.404/1976) e às regulamentações da CVM, o comprovante da escrituração não é senão “*Laudo Avaliação*” elaborado por 3 (três) peritos ou empresa de consultoria especializada.

Noutras palavras, muito embora a legislação não especifique que o comprovante da escrituração do ágio corresponda a *Laudo elaborado por empresa de consultoria especializada*, exige que o registro contábil seja subsidiado por demonstração lastreada em documentação hábil e idônea, que justifique o valor pago a título de **rentabilidade futura da coligada ou controlada** ou pela diferença entre o preço de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada e o correspondente custo contábil registrado.

Isto é, o sujeito passivo tem o dever legal de dispor, quando do lançamento contábil do ágio, por exemplo, a **título de rentabilidade futura**, de um documento em que esteja demonstrado o valor dos lucros futuros determinados de acordo com critérios ordinários de apuração e de baixo de premissas econômicas adequadas à situação concreta, dentre as normalmente utilizadas. O que se coaduna (harmoniza) com o “*Laudo*

de Avaliação”, expressamente previsto em diversas situações na Lei nº 6.404, de 1976.

(...)

No caso concreto aqui discutido, notadamente em relação ao primeiro grupo de infrações, a Fiscalização objetou (diga-se, com razão) diversas razões ao denominado “Relatório de Avaliação” (*que no título já dispunha “Estritamente Privado e Confidencial”*), elaborado pelo Banco Real, “*exclusivamente para a finalidade de apoiar eventual registro de ágio decorrente da aquisição, pela RPAR, de participação societária na Magnesita, e para nenhum outro propósito*” (Nota Importante 2).

(...)

De pronto, salta aos olhos que tal relatório não se constitui em uma verificação independente nem tampouco se trata de laudo de avaliação.

(...)

Não se pode, pois, admitir que tal relatório seja documento hábil e idôneo, nem nos termos da legislação fiscal nem da comercial, para lastrear qualquer registro contábil de ágio pago pela RPAR HOLDING S/A nas compras diretas ou indiretas de ações da Magnesita S/A. Principalmente porque feito à margem da Lei nº 6.404, de 1976, e das regulamentações da CVM (como expressamente ressalvado por quem o elaborou), não atendendo, assim, ao disposto no art. 385, §3º, do RIR/1999.

Resumindo, faz-se necessário que o registro contábil do ágio esteja amparado em documentação hábil e idônea. Tratando-se de ágio registrado por sociedade anônima, sujeita à lei especial, o comprovante da escrituração não é senão o laudo de avaliação elaborado por 3 (três) peritos ou empresa de consultoria especializada.

A Recorrente defende que os estudos elaborados por diferentes avaliadores (Real, Deloitte e Apsis) são distintos entre si, mas são todos válidos, considerando-se a finalidade para a qual foram elaborados.

Quando uma pessoa jurídica adquire participação societária em sociedade controlada, a diferença a maior entre o valor de aquisição e o valor correspondente à participação no patrimônio líquido deverá ser registrada como ágio.

A Lei das S/A não abordou expressamente a temática do ágio na aquisição de participação societária, mas a sua contabilização deve estar em conformidade com os princípios de contabilidade geralmente aceitos, nos termos do artigo 177 desta Lei.

No que tange ao fundamento econômico para o lançamento do ágio, o §2º do artigo 20 do DL nº 1.598/77 determina ser obrigatória a indicação em conformidade com seguintes critérios: (i) valor de mercado de ativos; (ii) expectativa de rentabilidade futura; ou (iii) fundo de comércio, intangíveis ou outras razões econômicas.

Para os dois primeiros fundamentos, determina o §3º do artigo 20 do DL nº 1.598/77 que o contribuinte deverá arquivar um demonstrativo do comprovante da escrituração. A legislação fiscal (i) não definiu a forma pela qual este demonstrativo deveria

ser elaborado, (ii) tão pouco exigiu a existência de um laudo com tais e quais requisitos e (iii) também foi omissa com relação ao momento da sua elaboração.

Sendo assim, a meu ver, o entendimento exposto pela decisão recorrida, ratificando o argumento Fiscal, não encontra respaldo na legislação de regência.

Pela simples leitura da norma legal, nota-se que basta que a aquisição seja realizada com fundamento na expectativa de rentabilidade futura (ou valor de mercado de bens do ativo) e que exista um demonstrativo desse fundamento econômico arquivado na contabilidade do contribuinte.

No presente caso, este requisito foi plenamente preenchido e devidamente comprovado durante a fiscalização, porque, durante o processo de aquisição da Magnesita, a GP Investments preparou, por meio da subsidiária GP Investimentos, diversos estudos internos acerca da viabilidade do negócio, inclusive a avaliação da Magnesita com base na expectativa de rentabilidade futura.

A GP Investments é uma companhia de capital aberto, líder em investimento em *private equity* na América Latina e portanto não poderia se furtar de realizar estudo interno acerca da expectativa de rentabilidade futura da empresa adquirida para suportar o fundamento econômico da aquisição e, portanto, o preço pago. Efetivamente, conforme já destacado, a Rpar Holding adquiriu e pagou pela Magnesita o preço que espelhava a sua rentabilidade futura.

Ora nenhum adquirente, especialmente fundos de investimento, iriam pagar uma quantia elevada, como a que se pagou pela aquisição da Magnesita S/A, se não estivesse suportado por um estudo demonstrativo da rentabilidade futura do negócio.

A meu ver o referido estudo interno elaborado em julho de 2007, já seria suficiente, por si só, para justificar o fundamento econômico dos Investidores para a aquisição da Magnesita S/A. A GP Investments, optou ainda pela contratação do Banco Real, que confirmou, o resultado obtido internamente pela GP e demonstrou plenamente o fundamento econômico para a aquisição da Magnesita, com base na expectativa de rentabilidade futura. Razão porque divirjo da decisão da DRJ.

Os outros pontos levantados pela fiscalização e pela DRJ em relação ao laudo também foram contestados pela Recorrente e fazem sentido. Deixo de analisá-los um a um por entender que o ponto principal já foi rebatido acima.

3. PRIMEIRO GRUPO DE INFRAÇÕES. ÁGIOS APURADOS PELA RPAR NA COMPRA DAS AÇÕES DA MAGNESITA E PARTIMAG.

Nesse grupo de infrações, a Fiscalização glosou as amortizações dos ágios gerados nas aquisições pela RPAR, da seguinte maneira.

No ano-calendário de 2007:

- (a) das ações da Partimag S/A, ágio de **R\$747.396.355,00**;
- (b) das ações da Magnesita S/A adquiridas das pessoas físicas (seus antigos controladores), de **R\$172.539.606,00**;
- (c) das ações PN da Magnesita S/A adquiridas na Bovespa via OPA's, de **R\$81.315.462,00**;

No ano-calendário de 2008:

- (d) das ações PN da Magnesita S/A adquiridas na Bovespa via OPA's, de **R\$73.263.718,00**;
- (e) das ações ON da Magnesita S/A adquiridas na Bovespa via OPA's, de **R\$238.267.579,00**;
- (f) das ações ON e PN da Magnesita S/A adquiridas dos controladores gravadas com cláusula de intransferibilidade – FINOR, de **R\$3.726.053,00**.

Tais ágios foram fundamentados na expectativa de rentabilidade futura das sociedades adquiridas e partir da incorporação da Magnesita S/A e Partimag S/A (evento ocorrido em fevereiro de 2008) pela RPAR, cuja denominação social foi alterada para Magnesita Refratários S/A, em 17/03/2008, quando a Impugnante passou a proceder às respectivas amortizações dos referidos ágios, com base no art. 386, III, do RIR/1999.

Todavia, a Fiscalização rechaçou o “Relatório de Avaliação” elaborado pelo Banco Real que fora utilizado como demonstrativo e comprovante da escrituração desses ágios, à luz do art. 386, §3º, do RIR/1999 efetuando a glosa dessas amortizações.

O Fisco considerou ainda outros fundamentos, dentre os quais, no sentido que os verdadeiros motivos sobre os quais a aquisição da Magnesita S/A baseou-se foram: **(1)** as convicções próprias dos investidores; **(2)** o prêmio de controle, para as ações ON; e **(3)** as negociações com base no valor de mercado, para as ações PN. Também tendo em vista as regulamentações impostas às companhias abertas (como é o caso da Impugnante) pela CVM, o registro contábil do ágio seria em degraus a serem alcançados: primeiro seria o valor patrimonial; segundo, o de mercado; e terceiro, o pago. E como demonstra no TVF, somente haveria ágio com base na expectativa de rentabilidade futura da Magnesita sobre a diferença entre o valor pago e o de mercado.

A defesa combateu todos os motivos invocados pelo Fisco e a DRJ assim se posicionou sobre as questões postas.

3.1. ÁGIO. AÇÕES ON E PN. GRAVADAS COM CLÁUSULA DE INTRANSFERIBILIDADE – FINOR.

No caso dessas ações, sustentou a DRJ, para manter o lançamento, basicamente que a condição da aquisição foi suspensiva e não resolutive como defende a Recorrente.

Da decisão recorrida destaca-se:

“A Impugnante sustenta, então, que a **aquisição ocorreu anteriormente à incorporação** da Magnesita, mesmo que o cumprimento da **condição resolutive** somente tenha ocorrido posteriormente. Ainda, explica que a RPAR contabilizou essa aquisição de ações em **setembro de 2007**, incluindo o ágio gerado como realizável a longo prazo, uma vez que o pagamento ocorreu nesta mesma data, por meio de um depósito bloqueado cuja liberação estava condicionada à eliminação da cláusula de intransferibilidade do FINOR.

Contudo, nesse caso, assiste razão ao Fisco, na medida em que se trata de **condição suspensiva**, e não resolutive (como alegou a Impugnante).

Nesse sentido, dispõe o novo Código Civil Brasileiro:

“*Da Condição, do Termo e do Encargo*

Art. 121. Considera-se condição a cláusula que, derivando exclusivamente da vontade das partes, subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto.

Art. 122. São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes.

(...)

Art. 125. Subordinando-se a eficácia do negócio jurídico à condição suspensiva, enquanto esta se não verificar, não se terá adquirido o direito, a que ele visa.

(...)

Art. 127. Se for resolutive a condição, enquanto esta se não realizar, vigorará o negócio jurídico, podendo exercer-se desde a conclusão deste o direito por ele estabelecido.” (Grifos acrescentados)

Ocorre que o negócio jurídico que envolveu a compra pela RPAR das ações da Magnesita gravadas com a cláusula de intransferibilidade FINOR não surtiu efeitos no momento em que fora pactuado (setembro/2007). Isso porque feito sob condição suspensiva até que ocorresse determinado evento, qual seja, a eliminação da cláusula de intransferibilidade FINOR. O que somente se deu em março/2008 com o implemento dessa condição.

Por sua vez, acerca da ocorrência do fato gerador envolvendo os negócios jurídicos condicionais, o CTN dispõe:

“*Art. 114. Fato gerador da obrigação principal é a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência.*

(...)

Art. 116. Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos:

(...)

II - tratando-se de situação jurídica, desde o momento em que esteja definitivamente constituída, nos termos de direito aplicável.

(...)

Art. 117. Para os efeitos do inciso II do artigo anterior e salvo disposição de lei em contrário, os atos ou negócios jurídicos condicionais reputam-se perfeitos e acabados:

I - sendo suspensiva a condição, desde o momento de seu implemento;

II - sendo resolutória a condição, desde o momento da prática do ato ou da celebração do negócio.” (Grifos acrescentados)

Inferre-se, pois, que nos negócios jurídicos pendentes por condição suspensiva, o fato gerador considera-se ocorrido e existentes os seus efeitos, desde o momento de seu implemento.

No caso, a compra das referidas ações da Magnesita gravadas com cláusula de intransferibilidade – FINOR restou perfeita e acabada pela liberação desse gravame que a subordinava. O que se deu em março de 2008, data em que a lei considera ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos.

Sendo assim, o ágio pago, no valor de **R\$3.726.053,00**, o foi pela própria RPAR (que teve sua denominação alterada para Magnesita Refratários S/A, ora Impugnante), após o evento incorporação da Magnesita S/A e da Partimag S/A, em fevereiro de 2008. Logo, aplica-se o art. 391, do RIR/1999, que veda as deduções fiscais das amortizações do ágio de que trata o art. 385, do mesmo Regulamento.

Portanto, nessa parte da infração, o lançamento não merece nenhum reparo.”

Não compartilho do entendimento exposto pela DRJ, e sim com o da Recorrente neste ponto.

A meu ver em março de 2008 foi apenas concluída a transferência de 78.449.328 ações ON e PN da Magnesita S/A que pertenciam aos antigos controladores e que estavam gravadas com cláusula de intransferibilidade - FINOR.

As referidas ações foram adquiridas dos antigos controladores em setembro de 2007, data de fechamento da operação objeto do *Share Purchase Agreement*, uma vez adimplidas todas as suas condições que portanto são resolutivas.

O *Share Purchase Agreement*, (compra e venda de ações totalizando 38,6% do capital social total da Magnesita S.A.), à época da celebração do referido contrato, já abrangia as ações pertencentes aos antigos controladores que estavam gravadas com cláusula de intransferibilidade - FINOR.

Tanto é verdade, que, na Cláusula 2.3 (ii) a transferência das referidas ações à Rpar Holding e o consequente pagamento do preço de aquisição aos então vendedores dependiam da mera comprovação de entrega de todos os documentos necessários à Agência de Desenvolvimento do Nordeste - ADENE a fim de obter a liberação das ações do capital social da Magnesita S/A de qualquer restrição derivada da implementação de projeto com subsídio do FINOR, e não da completa conclusão das formalidades necessárias ao cancelamento da cláusula de intransferibilidade.

E mais adiante, na Cláusula 5.1(b) (i), foi estabelecida a obrigação, para os então vendedores, de não criar qualquer ônus, vender ou alienar de qualquer modo as ações objeto do contrato durante o período compreendido entre a data de celebração do *Share Purchase Agreement* e a data do fechamento, demonstrando claramente o fechamento do ato.

Quando adimplidas pelas partes as condições e obrigações previstas no *Share Purchase Agreement* como precedentes à efetiva aquisição, o fechamento da operação ocorreu por meio da materialização de todos os eventos que consolidaram a alienação tal como previsto no contrato.

Ratificando a ocorrência do fechamento da operação, Rpar Holding e Magnesita S/A, divulgaram, na mesma data dos Fatos Relevantes que, naquela data, a RPAR Holding tornou-se titular das ações representativas de 38,6% do capital social total da Magnesita S.A., aí já abrangidas as ações gravadas pelo FINOR.

Corroborando ainda mais a afirmativa, destaca-se que o preço total de aquisição previsto na Cláusula 2.2 do *Share Purchase Agreement* já englobava o valor referente à compra das ações gravadas com cláusula de intransferibilidade - FINOR, de tal sorte que, na data do fechamento, a Rpar Holding efetuou o pagamento relativo ao montante integral do preço de aquisição de todas as ações objeto do *Share Purchase Agreement*.

Portanto, evidente que a aquisição em questão se deu com base em uma condição resolutiva, motivo pelo qual também deverá ser aceita a amortização fiscal do ágio dela decorrente.

3.2. ÁGIO. AÇÕES PARTIMAG E PESSOAS FÍSICAS (ANTIGOS CONTROLADORES DA MAGNESITA S/A).

Como já dito, a Recorrente contabilizou, em dezembro de 2007, os ágio pagos nas aquisições de 100% das ações da Partimag S/A (que detinha 30,24% das ações ordinárias da Magnesita S/A – 12.867.319.454 ações ON) e das ações da Magnesita S/A (2.889.828.054 ações ON e 603.154.462 ações PN, total de 3.492.982.516) adquiridas diretamente das pessoas físicas (seus antigos controladores), respectivamente, nos valores de R\$747.396.355,00 e R\$172.539.606,00, sob o fundamento econômico da rentabilidade da Magnesita S/A, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros, lastreado no “Relatório do Banco Real”, passando a amortizá-los fiscalmente após o evento incorporação dessas empresas.

Neste item a DRJ inovou ao aceitar o relatório da Deloitte, em detrimento do do Banco Real, recompondo o valor tributável, quando sustentou basicamente o seguinte:

“Como se percebe das alegações e explicações postas pela defesa, o “Relatório do Banco Real” sintetizou ou mesmo corroborou e justificou para os investidores os seus estudos internos no sentido que o investimento na Magnesita S/A, refletido no preço pago, iria gerar retorno financeiro para acionistas e investidores. Nesse sentido, ressaltou-se expressamente: ***“A expectativa de rentabilidade futura prevista pela GP Investments foi determinada com base nas variáveis econômicas específicas (refletidas nos estudos internos) aplicáveis na aquisição do controle de uma companhia”***. O que segundo os demonstrativos apresentados no que toca ao crescimento da EBITDA (***lucros referentes apenas aos negócios, antes de juros, impostos, depreciações, amortizações, etc.***) da Companhia se confirmou.

Evidentemente, disso decorrem as diferenças ou comparações mostradas na defesa em relação ao “Relatório do Banco Real” e aos Laudos feitos pela Deloitte e pela Apsis. **O Laudo da Deloitte foi elaborado como exigência da CVM, por ocasião da OPA obrigatória, seguindo rigorosamente as prescrições das Instruções CVM nº 361/02 e 436/06.** Já o Laudo da Apsis foi feito para as avaliações dos ativos da Magnesita a valor de mercado para fins de incorporação pela RPAR.

(...)

Entretanto, ainda que se aceitem os argumentos colocados pela defesa, pelos motivos já expostos nesse voto, o “Relatório do Banco Real” não se presta para a finalidade sustentar qualquer registro contábil de ágio (*ainda que efetivamente pago com base em estudos internos dos investidores que indicavam para o retorno financeiro do investimento, posteriormente confirmado*), porque não se constitui em documento hábil e idôneo, não atendendo, assim, ao disposto no art. 385, §3º, c/c o 251 e 923, todos do RIR/1999, nem está consoante a legislação comercial que rege as sociedades anônimas (Lei nº 6.404, de 1976).

Outrossim, vale dizer que os argumentos da defesa, no que toca à forma como foi elaborado o Relatório do Banco Real, com base em estudos internos dos adquirentes da Magnesita S/A, circunscrevem-se ao âmago negocial da questão. Evidentemente, tratam-se de negócios realizados entre grupos privados que essencialmente, ao investir, buscam o máximo de retorno possível. **Não se põem dúvidas ao fato que os investidores pagaram o preço que entenderam justo, diante dos seus estudos internos de viabilidade econômica para o retorno almejado. Todavia, isso não pode ser estendido ou confundido com os efeitos tributários do ágio pago e escriturado, sob o fundamento econômico da rentabilidade futura da investida, cujo registro contábil requer documentação hábil e idônea que o corrobore ou confirme. Nesse sentido, o Relatório do Banco Real serve para os investidores, mas não como documento para subsidiar registro contábil de ágio.**

Contudo, muito embora o ágio tenha sido contabilizado sem atender aos preceitos da legislação comercial ou fiscal, na medida em que se baseou em demonstrativo que não se qualifica como hábil e idôneo para tanto, a glosa indiscriminada das respectivas amortizações sem efetivamente adotar ou considerar o Laudo de Avaliação elaborado pela Deloitte como um documento hábil e idôneo, nos termos do art. 385, §3º, do RIR/1999, não foi justa. Isso porque **(1)** para o ágio pago e constituído sob o fundamento econômico da rentabilidade futura da coligada ou controlada a lei fiscal permite expressamente que após o evento incorporação esse seja amortizado; **(2)** um dos critérios de avaliação da Magnesita adotado pela Deloitte na elaboração do laudo foi o do “*valor econômico da ação, estimado pela metodologia do fluxo de caixa descontado*”; e **(3)** não houve abuso de direito, na medida em que se observa nas negociações e aquisições efetuadas: o propósito negocial, não se trata de ágio interno, as partes não são relacionadas entre si, houve efetivo pagamento e tudo foi feito dentro de um verdadeiro ambiente concorrencial, inclusive com aquisições de ações da Magnesita S/A via OPA’s na Bovespa.

Ocorre que não restam dúvidas que o Laudo de Avaliação elaborado pela Deloitte, por ocasião da OPA obrigatória, atende ao disposto no 385, §3º, do RIR/1999, sendo demonstrativo hábil e idôneo para fundamentar o registro contábil do ágio feito com base na rentabilidade futura da

Magnesita S/A, porque se trata de empresa de consultoria especializada, apta, pois, para realizar serviços de auditoria contábil e elaborar laudo de avaliação consoante as prescrições da legislação fiscal, notadamente, da Lei nº 6.404, de 1976. Mais ainda, tal Laudo observou as prescrições das Instruções CVM nº 361/02 e 436/06, **como o próprio Fisco anotou no TVF.**

(...)

Desse modo, considerando os pontos colocados pela defesa, afasta-se do caso concreto a aplicação da teoria posta pela Fiscalização no TVF, intitulada como: “*degraus do ágio a serem alcançados*”.

Assim, partindo-se das premissas colocadas no TVF pelo Fisco, notadamente que o Laudo Deloitte atesta, pela metodologia do fluxo de caixa descontado, que o valor econômico máximo da Magnesita S/A seria R\$41,83 por lote de mil ações, adota-se este valor (salvo para as 603.154.462 ações PN, cujo preço pago foi R\$34 por lote de mil ações PN) para o cálculo do seu valor econômico apto para amparar a importância do ágio fundamentado na sua perspectiva de rentabilidade futura, passível de amortização nos termos do art. 386, III, do RIR/1999, conforme discriminado no demonstrativo abaixo:

(...)

Feitas essas considerações, nessa parte da infração, os demonstrativos fiscais de apuração das bases de cálculo devem ser alterados, admitindo-se como corretas as amortizações dos ágios nos valores indicados em negrito na tabela acima. O que reduz a glosa do ágio, **(i)** indicada na coluna “**ÁGIO NA OPERAÇÃO**” – “**AQUISIÇÃO DE AÇÕES DA PARTIMAG S/A POR RPAR**” do demonstrativo fiscal, de R\$747.396.355,28 para R\$453.320.754,02, o que gera uma amortização mensal glosada de R\$7.555.345,90; e **(ii)** para a coluna “**ÁGIO NA OPERAÇÃO**” – “**AQUISIÇÃO DE AÇÕES DA MAGNESITA S/A POR RPAR**”, de R\$172.539.605,79 para R\$101.825.870,43, o que gera uma amortização mensal glosada de R\$1.697.097,84.

Como visto a DRJ inovou e pretendeu realizar novo lançamento ao “ajustar” a base tributária baseada no laudo da Deloitte, o que a meu ver é inviável.

Além do mais como já dito anteriormente, o laudo do Real a meu ver é mais que suficiente para embasar o ágio apurado como defendido anteriormente.

Especificamente no que tange ao fundamento econômico para lançamento do ágio (§2º do art. 20 do DL 1.598/77), determina ser obrigatória a indicação em conformidade com os seguintes critérios: (i) valor de mercado de ativos; (ii) expectativa de rentabilidade futura; ou (iii) fundo de comércio, intangíveis ou outras razões.

Para os dois primeiros fundamentos, determina o §3º do art. 20 do DL 1.598/77 que o contribuinte deverá arquivar um demonstrativo do comprovante da escrituração, sem definir todavia a forma pela qual este demonstrativo deveria ser elaborado sem exigir a existência de um laudo com tais e quais requisitos e também foi omissa com relação ao momento em que o demonstrativo deveria ser formalizado.

Portanto, basta que a aquisição seja realizada com fundamento na expectativa de rentabilidade futura (ou valor de mercado de bens do ativo) e que exista um demonstrativo desse fundamento aquilado na contabilidade.

Assim o fundamento econômico para a aquisição está necessariamente vinculado ao subjetivismo do adquirente, e somente ele pode definir o conjunto de variáveis que lhe garantirá a expectativa da rentabilidade futura.

Portanto, a meu ver, os requisitos para aproveitamento deste ágio foi plenamente preenchido e devidamente comprovado, já que durante o processo de aquisição da Magnesita a GP Investments preparou diversos estudos internos acerca da viabilidade do negócio e ainda se baseou no estudo do Banco Real que confirmou o resultado obtido internamente pelo GP.

Além disso, conforme se verifica dos resultados efetivamente ocorridos, a EBITDA realizada foi 15% maior que o projetado pelo Real e 65% maior que o projetado pela Deloitte, restando claro que a rentabilidade alcançada pelos adquirentes da Magnesita foi maior do que a expectativa esperada.

3.3. ÁGIO. AQUISIÇÕES DE AÇÕES ATRAVÉS DE OPA'S NA BOVESPA.

No que toca às aquisições de ações da Magnesita S/A feitas na Bovespa via OPA's, foram registrados, no ano-calendário de 2007, o ágio de **R\$81.315.462,00**; e em janeiro de 2008, de **R\$73.263.718,00** e de **R\$238.267.579,00**.

Tendo a DRJ adotado o mesmo entendimento e fundamentos expostos no item anterior, no sentido que o Laudo feito pela Deloitte é o que traduz a medida certa e justa da parcela do ágio fundamentado no valor de rentabilidade futura da Magnesita S/A, aproveito os mesmos argumentos por mim adotados naquele ponto.

4. SEGUNDO GRUPO DE INFRAÇÕES. ÁGIOS APURADOS NAS NEGOCIAÇÕES E AQUISIÇÃO DE EMPRESA ESTRANGEIRA "REARDEN". GRUPO RHÔNE.

Neste item acompanho o voto vencido da DRJ que deu provimento a ora Recorrente e pode ser assim resumido:

“Resumindo, nessas operações, a Impugnante apropriou-se dos seguintes ágios: **(1)** na aquisição direta de 45,59% da CRH pela Magnesita Refratários, na qual foi apurado um ágio de **R\$143.047.733,03**; **(2)** na aquisição indireta (54,41% do preço acertado) pela entrega de ações da Impugnante, o que ocorreu do seguinte modo; **(a)** a “Rearden 2” integralizou participação societária na Purus com ações da CRH, pelo valor de R\$487,591 milhões com ágio de R\$166,937 milhões; e **(b)** posteriormente a Purus foi incorporada pela Impugnante que assumiu o ágio de **R\$166.937.856,43**; e **(3)** ainda no ato de incorporação da Purus pela Impugnante, a Mukden adquire ações da Impugnante, com ágio de 261,392 milhões, posteriormente com a incorporação da Mukden pela Impugnante (incorporação reversa), a Magnesita Refratários S/A assumiu o ágio no valor de **R\$261.392.218,82**.

Diferentemente do que ocorreu para o primeiro grupo de infrações, no caso da aquisição de empresas estrangeiras a Fiscalização não combateu

objetivamente o documento previsto na lei (art. 385, §3º, do RIR/1999), que o contribuinte deve arquivar como comprovante da escrituração. O fundamento econômico dos referidos ágios foi o da rentabilidade futura da coligada ou controlada (art. 385, §2º, II, do RIR/1999).

Substancialmente, para lançar, a Fiscalização, considerando o teor do art. 111, do CTN (*no sentido que a legislação tributária que disponha sobre benefício fiscal deve ser interpretada literalmente*), fundamentou que em tais operações não se aplicaria o art. 386, III, do RIR/1999, pelo qual o direito à amortização do ágio caberia eventualmente à empresa que absorvesse patrimônio de outra em virtude de incorporação na qual detivesse participação societária adquirida com ágio. Invocou, ainda, o art. 389, §1º, do RIR/1999, que é taxativo ao não permitir a dedutibilidade de despesas com amortização do ágio quando o investimento é realizado em sociedade estrangeira.

Ainda, em relação a essas infrações, a Fiscalização indicou no demonstrativo fiscal de determinação das amortizações glosadas uma despesa titulada: “DESPESA COM A OPERAÇÃO DA MUKDEN”, no valor total de **R\$38.202.451,00**.

Também a multa de ofício restou qualificada, entendendo o Fisco que a conduta da Impugnante em desorganizar-se para depois organizar-se o foi tão-somente para gerar despesas indevidas com as amortizações dos ágios oriundos dessas reorganizações societárias, o que caracterizou o evidente intuito de fraude.

A Impugnante combate tais fundamentos. Diz que no caso não existe nenhum motivo para qualificar-se a multa de ofício, pois não houve qualquer tipo de fraude, nem tampouco a Fiscalização fez prova disso; e salienta que a presente operação não pode ser analisada simplesmente do ponto de vista dos atos societários considerados isoladamente: **é necessário analisá-la como um todo; e não basta ver os fatos tais como descritos fotografia a fotografia, mas, sim, analisar o filme completo.**

Fundamentalmente, defendeu a existência de propósito comercial nessas operações, realizadas entre partes independentes, com pagamento parte em dinheiro e parte com a entrega de ações de emissão da própria Magnesita Refratários S/A ao Grupo Rhône, que planejou todo o formato em que foram criadas empresas e feitas as reorganizações societárias, ao qual a Impugnante nada tinha a se opor. Alegou ainda que a negociação direta seria praticamente impossível, notadamente, para a entrega de ações ao Grupo Rhône, em razão do direito de preferência aos acionistas minoritários, previsto na LSA, considerando também o alto custo da burocracia, na medida em que as empresas adquiridas sujeitavam-se à legislação alemã.

Quanto à vedação expressa no art. 389, §1º, do RIR/1999, aduz que o Fisco se equivocou, na medida em que essa norma não se aplica ao caso concreto, em cujas amortizações dos ágios discutidos aplica-se o art. 386, III, do RIR/1999.”

O voto vencedor sustentou sua posição basicamente alegando que:

“Quando do evento incorporação da CRH pela EDRJ91, a Magnesita Refratários, forçosamente, deveria ter baixado o investimento na CRH (que naquele momento deixava de existir), pelo valor total da operação (valor patrimonial e ágio por rentabilidade futura), passando a ser detentora de participação direta na EDRJ91.

É importante salientar que, no caso da Magnesita Refratários, não se discute a existência do ágio, que efetivamente foi registrado na contabilidade da investidora quando da sua participação na CRH, mas sim o direito de amortização desse ágio.

Ainda com referência à incorporação da CRH pela EDRJ91, momento em que a Magnesita Refratários deveria ter baixado o investimento na CRH, não há como admitir a amortização do ágio, já que a situação no caso concreto não se assentava às disposições do inciso III do art. 386 do RIR/1999.

Posteriormente, quando a Magnesita Refratários, em evento autônomo e, portanto, desvinculado da primeira incorporação, incorpora a EDRJ91, não mais existia investimento na CRH e, portanto, não mais existia ágio a ser amortizado, já que o ágio por rentabilidade futura nada mais é que parte do custo do investimento realizado.

Sendo assim, considero lícita a glosa fiscal da amortização do ágio de R\$143.047.733,03, decorrente da aquisição de participação da empresa autuada na CRH.”

Entendo, portanto, que comprovada a existência do ágio, o direito da Recorrente ao seu aproveitamento é legítimo e legal razão porque acompanho o voto vencido e dou provimento ao recurso voluntário neste ponto.

4.1. ART. 389, §1º. RIR/1999. INAPLICABILIDADE AO CASO CONCRETO.

Neste ponto, como bem dito pela DRJ assiste razão à ora Recorrente quando alega que o Fisco equivocou-se ao também fundamentar as glosas efetuadas com base no art. 389, §1º, do RIR/1999. Senão vejamos o voto vencido:

“Contrapartida do Ajuste do Valor do Patrimônio Líquido

Art. 389. A contrapartida do ajuste de que trata o art. 388, por aumento ou redução no valor de patrimônio líquido do investimento, não será computada na determinação do lucro real (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 23, e Decreto-Lei nº 1.648, de 1978, art. 1º, inciso IV).

§1º. Não serão computadas na determinação do lucro real as contrapartidas de ajuste do valor do investimento ou da amortização do ágio ou deságio na aquisição de investimentos em sociedades estrangeiras coligadas ou controladas que não funcionem no País (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 23, parágrafo único, e Decreto-Lei nº 1.648, de 1978, art. 1º, inciso IV).

§2º. Os resultados da avaliação dos investimentos no exterior pelo método da equivalência patrimonial continuarão a ter o tratamento previsto nesta Subseção, sem prejuízo do disposto no art. 394 (Lei nº 9.249, de 1995, art. 25, §6º).” (Grifos acrescentados)

Como se vê, trata-se da apuração de resultado na investida que deve compor necessariamente o resultado da investidora, mediante o método da equivalência patrimonial. A regra fiscal posta na lei foi a da exclusão de seus efeitos quando da apuração do lucro tributável.

O caso vertente cinge-se à possibilidade ou não de amortizar-se o ágio contabilizado na investidora, **após o evento incorporação** (como já se disse, nos termos do art. 386, III, do RIR/1999). Ou seja, a incorporada deixou de existir e a incorporadora lhe sucedeu em todos os direitos e obrigações (art. 227, LSA). Portanto, não se trata da apuração de resultado pelo metido da equivalência patrimonial nem da amortização do ágio na aquisição de investimento em sociedades estrangeiras.

Mais ainda, não se pode deixar de dar razão à defesa quando alega que em relação aos investimentos em sociedades estrangeiras que não funcionam no país, o tratamento previsto no art. 389, §1º, do RIR/1999, se justificava tendo em vista o princípio da territorialidade adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro (art. 63 da Lei nº 4.506, de 30 de novembro de 1964) e segundo o qual só se tributam os resultados oriundos de atividades exercidas no país. Contudo, a partir da publicação da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, o tratamento dispensado aos resultados de atividades desenvolvidas no exterior sofreu alteração, com a sistemática de tributação em bases universais, pela qual a tributação compete ao país onde a empresa tem sua sede, independentemente do lugar onde os rendimentos foram produzidos, estando afastado o princípio da territorialidade como critério para a tributação da renda (Lei nº 9.249, de 1995, art. 25, § 6º).

Conforme se observa pelo TVI, a fiscalização concluiu que não seria dedutível a despesa registrada com amortização do ágio decorrente da aquisição da CRH pois ela seria uma empresa estrangeira e por isso se aplicaria o art. 389 do RIR/99.

O citado artigo encontra sua redação no Decreto nº 1.598/77, que introduziu o Método de Equivalência Patrimonial (MEP), instituído pela Lei nº 6.404/76.

Embora o dispositivo tenha como premissa que a empresa no Brasil tenha participação em empresa sediada no exterior, no presente caso, não se está discutindo os efeitos fiscais da amortização do ágio decorrente de avaliação periódica de investimento mantido no exterior e sim a dedutibilidade da despesa decorrente da amortização do ágio gerado na incorporação do investimento detido na CRH.

Assim, tendo havido a incorporação não há mais que se falar na aplicação do MEP, e isso fica evidente quando observamos o tratamento fiscal conferido à amortização do ágio após a incorporação, insituído no art. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97 que introduziu o art. 386 do RIR/99.

Fica evidente que o Decreto-Lei nº 1.598/77 tratou dos efeitos fiscais do MEP, inclusive no que tange a amortização do ágio, e a Lei nº 9.532/77 tratou dos efeitos fiscais do ágio após a incorporação, quando não mais se aplica o MEP, pois já não existem mais duas empresas controladora e controlada ou coligadas.

Além disso com a introdução do art. 389, que dispôs sobre o sistema de tributação em bases universais, foi tacitamente revogado o art. 25 da Lei nº 9.249/95.

Sendo assim, a decisão recorrida não merece reparo neste ponto.

4.2. ÁGIO DE R\$143.047.733,03. AQUISIÇÃO DIRETA DE 45,59% DA CRH.

Extraio deste item do voto condutor as seguintes passagens:

“Trata-se da parcela paga em dinheiro, onde a Magnesita Refratários S/A aumentou o capital da CRH, em 150 milhões de euros (R\$413,656 milhões) e recebeu uma participação societária de 45,59% da CRH. Nessa operação, foi reconhecido pela Impugnante um ágio no valor de R\$143.047.733,03, cujo fundamento econômico foi o da rentabilidade futura da coligada ou controlada (art. 385, §2º, II, do RIR/1999). Ocorre que a CRH foi incorporada pela EDRJ91 que, por sua vez, foi incorporada pela Impugnante, que sustenta o direito de amortização desse ágio, nos termos do art. 386, III, do RIR/1999.

(...)

Não há como não aceitar essas operações dentro do escopo do citado art. 386, III, do RIR/1999. Veja-se que o ágio nasceu quando a Impugnante adquiriu participação societária na CRH, cujo registro contábil se deu na forma prevista no inciso II, do §2º, do art. 385, do RIR/1999. Portanto, passível de amortização na hipótese do art. 386, III, do RIR/1999.

Mesmo que a Impugnante não tenha incorporado diretamente a CRH, mas indiretamente pela incorporação da EDRJ91 (que já havia incorporado a CRH), tal fato não desnatura a origem desse ágio que nasceu quando do investimento da Impugnante na CRH.

O que importa, no caso, foi que existiu o investimento direto feito pela Magnesita Refratários S/A na CRH, contabilizado nos termos do art. 385, II, sob o fundamento econômico calcado no valor de rentabilidade da CRH, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros e posteriormente, ainda que forma indireta, a CRH foi incorporada pela Magnesita Refratários S/A.

Ao contrário do que defendeu o Fisco, não se aplica ao caso o art. 111, do CTN, pois a inteligência dos art. 385, II, §2º, II, c/c o 386, III, todos do RIR/1999, não restou afetada. Ocorre que a Impugnante adquiriu participação societária da CRH com ágio, contabilizado na forma do art. 385, II, §2º, II, do RIR/1999. O evento posterior da incorporação da CRH pela EDRJ91, em nada afetou o investimento inicial da Impugnante feito com ágio. Ou seja, a Impugnante **continuou a deter participação societária adquirida com ágio em outra empresa, a EDRJ91**, que ao incorporar a CRH lhe sucedeu em todos os direitos e obrigações (art. 227, da Lei nº 6.404, de 1976). Sendo assim, ao incorporar a EDRJ91, a Impugnante faz jus à amortização fiscal desse ágio, nos termos do art. 386, III, do RIR/1999.....

(...)

Desse modo, atendido os pressupostos do art. 385, II, §2º, II e §3º c/c 386, III, todos do RIR/1999, é cabível a amortização do ágio, merecendo, pois, alterar os demonstrativos fiscais para afastar os efeitos dessa glosa procedida indevidamente pela Fiscalização.”

Ante o exposto, referendo os argumentos expostos na impugnação e acatados pela Turma Julgadora que evidenciaram a total insubsistência das alegações da fiscalização neste ponto.

4.3. ÁGIO DE R\$166.937.856,43. AQUISIÇÃO INDIRETA DE 54,41% DA CRH.

Neste item a decisão recorrida manteve a autuação alegando em síntese o seguinte:

“Como detalhadamente narrado tanto no TVF como na defesa, o ágio no valor de **R\$166.937.856,43** foi apropriado pela Impugnante em razão da aquisição indireta de 54,41% da CRH. Contudo, não se pode deixar de negar que as operações que o geraram fogem completamente ao escopo da inteligência que se percebe da interpretação conjugada dos arts. 385 c/c 386, ambos do RIR/1999.

Primeiramente, vale observar que esse ágio nasceu numa empresa alemã, quando da integralização pela “Rearden 2” na Purus de ações da CRH (os desenhos apresentados pela defesa mostram que o investimento feito pela “Rearden 2” passa primeiro pela Mukden). Nesse sentido, resumiu a defesa:

Segunda parcela. Pagamentos em ações da Impugnante (54,41%). Iniciou-se com a integralização pela Rearden 2 na Purus de ações da CRH, pelo valor de R\$ 487,591 milhões, com um ágio de R\$ 166,937 milhões.

Com a incorporação da Purus pela Impugnante, ela entendeu cabível a aplicação do art. 386, III, do RIR/1999. Todavia, o referido ágio não fora contabilizado por ela, nos termos do art. 385, II, do RIR/1999, simplesmente porque não existiu nenhum investimento direto dela na Purus, no caso da participação de 54,41% na CRH. Repita-se, o ágio nasce num investimento (aumento de capital) feito por uma empresa alemã e através do evento incorporação chega até a Impugnante, que, contudo, não realizara nenhum investimento direto, pelo qual faria jus à amortização prevista no art. 386, III, do RIR/1999.

Quanto à alegação da defesa que o ágio é mero acessório do investimento e que a sua amortização decorre apenas do fundamento econômico a ele subjacente (no caso, a rentabilidade da CRH, ativo detido pela Purus na ordem de 54,41%, incorporado pela Magnesita), não se pode acatar tal tese, pois a amortização do ágio não decorre apenas do seu fundamento econômico.

Nesse sentido, diga-se que para a sua amortização são necessários três requisitos fundamentais: **(a)** que exista investimento direto realizado pela investidora na investida (coligada ou controlada) com ágio devidamente contabilizado nos termos da lei; **(b)** que o seu fundamento econômico seja o valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros; e **(c)** que posteriormente a empresa investidora (ou mesmo a investida, no caso de incorporação reversa) absorva o patrimônio da investida por incorporação, fusão ou cisão.

Primordialmente, o que se infere da lei é que subjacente ao evento incorporação deve existir um investimento direto anterior, onde nasce o ágio, contabilizado nos termos do art. 385, II, c/c o §3º, do RIR/1999,

cujo fundamento econômico seja o valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros. Portanto, nessa parte, o lançamento não merece nenhum reparo.”

Neste ponto, meu entendimento se coduanua com o do Recorrente quando defende que esta etapa da operação foi fundamental para se atingir o objetivo de pagamento de parte do preço com ações de emissão da Recorrente, pois a emissão de novas ações para subscrição direta pela Rearden 2 não era possível em razão do direito de preferência dos minoritários, o que inviabilizaria a operação.

Optou então a Recorrente por integralizar a participação societária na Purus, uma terceira empresa, que posteriormente foi incorporada pela adquirente completando a aquisição.

Com a incorporação da Purus pela Recorrente, esta se tornou sua sucessora em todos os direitos e obrigação, inclusive no direito de amortizar o ágio decorrente da aquisição das ações da CRH no valor de R\$ 166,937 milhões, razão porque dou provimento ao recurso neste ponto também.

4.4. ÁGIO DE R\$261.392.218,12. MUKDEN ADQUIRE AÇÕES DA MAGNESITA REFRATÁRIOS – IMPUGNANTE, COM ÁGIO DE R\$261,392 MILHÕES.

A decisão recorrida indeferiu as alegações da Recorrente alegando em apertada síntese o seguinte:

“Esse ágio nasceu em 05/11/2008, quando no ato de incorporação da Purus pela Impugnante, a Mukden Participações Ltda adquire ações da Magnesita Refratários S/A, ora Impugnante, com ágio de **R\$261.392.218,12**, calcado na perspectiva de rentabilidade futura da própria Impugnante, que posteriormente, em 18/12/2008, ao incorporar a Mukden (*portanto, incorporação às avessas*), entendeu ter o direito de amortização fiscal deste ágio.

(...)

Todavia, a ressalva que se faz é que se trata de ágio gerado internamente (“*ágio de si mesmo*”), sendo, pois, vedada a sua amortização fiscal. No item “2.2.3.2 – VEDAÇÃO DO ÁGIO INTERNO”, tal questão restou devidamente apreciada.

A questão é simples. A Mukden que detinha participação societária na Impugnante com ágio de R\$261 milhões restou incorporada às avessas pela Impugnante que supostamente teria o direito de amortizar esse ágio. Entretanto, nessa operação, restou evidente a geração de ágio interno. É, pois, vedada a sua amortização.

Portanto, nessa parte, o lançamento também não merece nenhum reparo.”

Os Fiscais entenderam que as empresas Mukden Participações Ltda. ("Mukden"), Purus Participações Ltda. ("Purus"), Caribbean Refractories Holdings Ltda. ("CRH"), LWB Island Company Ltda. ("LIC") e a EDRJ91 Participações Ltda., seriam "empresas veículo", sem propósito comercial e a DRJ que o ágio interno é vedado.

Porém como restou claro no processo, cada uma dessas empresas possuía um fim específico e portanto não há que se falar em empresa veículo, pois na hipótese o ágio foi gerado em um contexto de aquisição de sociedades independentes, com pagamento em dinheiro e em ações e com evidente propósito negocial.

Além disso como já dito, este tipo de procedimento tem sido amplamente aceito por este Órgão Julgador e por esta Turma, como nos julgados mencionados anteriormente, razão porque não vejo como não ser aceito.

4.5. DESPESAS ADICIONAIS DE R\$ 38.202.451,00.

Neste ponto não encontrei no recurso voluntário a insatisfação da Recorrente sobre esta matéria, razão porque, a decisão da DRJ que manteve o procedimento adotado pela Fiscalização que glosou esta despesa deve ser mantida.

4.6. DA QUALIFICAÇÃO DA MULTA.

Em relação ao agravamento da multa, não me alongarei neste assunto, visto que dando razão a Recorrente praticamente na íntegra, afasto conseqüentemente a aplicação da multa majorada, acompanhando a decisão recorrida que deu provimento a impugnação nesta matéria.

Portanto, feitas essas considerações e valho-me dos argumentos da DRJ nessa parte, para reduzir o percentual da multa aplicada de 150%, para 75%.

5. INFRAÇÕES. 1º e 2º GRUPOS. AJUSTES.

6. DAS MULTAS ISOLADAS.

A Recorrente foi autuada também por ter, supostamente, deixado de recolher valores devidos a título de estimativas mensais de IRPJ e CSLL, nos anos-calendário de 2008 e 2009.

Com relação à multa isolada por falta ou insuficiência de recolhimento das estimativas mensais, reiteradamente tenho me manifestado de que ela só se justifica quando exigida dentro do próprio período de apuração das antecipações que deixaram de ser recolhidas, vez que, encerrado o período de apuração do tributo, a exigência de recolhimentos por estimativa deixa de ter sua eficácia, prevalecendo à exigência apurada com base no balanço patrimonial encerrado ao final do ano- calendário.

Conseqüentemente, desaparece o bem jurídico tutelado pela norma sancionadora, não havendo, portanto, base para sua exigência.

Na verdade, o dispositivo legal previsto no inciso IV, do § 1º, do art. 44 da Lei nº 9.430/96, alterado pelo art. 14 da Lei nº 11.488/2007, tem como objetivo obrigar o sujeito passivo de recolher mensalmente antecipações de um *provável* imposto de renda e contribuição social que poderá ou não ser devido ao final do ano calendário.

Assim, sendo inerente ao dever de antecipar a exigência da obrigação cujo cumprimento se antecipa, a penalidade só poderá ser aplicada durante o ano- calendário. Não sendo esse o caso, deve a multa ser cancelada.

Este mesmo entendimento é respaldado por diversos julgados deste E. Conselho.

Alega ainda em sede de recurso a concomitância da aplicação da multa regulamentar com a multa isolada.

Em relação a esta questão o que se deve perguntar é: admite-se a imposição simultânea de multa de ofício e de multa isolada? Não haveria, na hipótese *bis in idem*?

O *bis in idem*, conceitualmente, consiste na imposição de mais de uma punição pela prática de um mesmo fato o que é vedado no sistema brasileiro, ainda que o fato afigure-se enquadrável pelas normas prescritivas das duas punições.

Não há dúvida de que a hipótese dos autos, configura-se a ocorrência de *bis in idem*. A base fática para a imposição de ambas as multas é a mesma.

É nesse sentido que tem entendido inúmeros acórdão do CARF, quando enfrentam o tema e para tanto cito acórdãos que referendam o entendimento por mim adotado: acórdãos nº 110200.748 – 1ª Câmara / 2ª Turma Ordinária/1ª Seção do CARF; nº 140200.947 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária da 1ª Seção do CARF; Acórdão nº 9101001.261 – 1ª Turma da CSRF.

Diante disso, em face da inequívoca configuração do *bis in idem*, dou provimento ao recurso.

7. DOS JUROS DE MORA.

Entendeu a decisão recorrida que é cabível o lançamento para exigência dos valores do imposto e contribuição não recolhidos, acrescidos da multa de ofício e dos juros de mora pertinentes, que incidirão inclusive sobre a multa exigida, a partir do seu vencimento.

Sobre o tema, há grande discussão. O meu entendimento segue no sentido de que, sobre a multa de ofício, não incidem juros de mora.

Como muito bem sustentado pela Nobre Conselheira Karem Jureidini Dias, adoto o seu posicionamento esposado no Acórdão 9101001191 que ora transcrevo:

“Cumpre inicialmente fazer uma análise da legislação que regula a matéria. A aplicação de taxa de juros lastreada em indicadores do mercado financeiro foi, inicialmente, determinada pela Lei nº Lei nº 8.981/95, por meio do art. 84, que assim dispunha:

Art 84. Os tributos e contribuições sociais arrecadados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores vierem a ocorrer a partir de 1º de janeiro de 1995, não pagos nos prazos previstos na legislação tributária serão acrescidos de:

I juros de mora, equivalentes à taxa média mensal de captação do Tesouro Nacional relativa à Dívida Mobiliária Federal Interna; (.)

A taxa referida pelo artigo 84 da Lei nº 8.981/95 foi substituída pela taxa SELIC, conforme se verifica pela leitura do disposto no artigo 13 da Lei nº 9.065/95:

Art. 13. A partir de 1º de abril de 1995, os juros de que tratam a alínea "c" do parágrafo único do art. 14 da Lei nº 8.847, de 28 de janeiro de 1994, com a redação dada pelo art. 6º da Lei nº 8.850, de 28 de janeiro de 1994, e pelo art. 90 da Lei nº 8.981, de 1995, o art. 84, inciso 1, e o art. 91, parágrafo único, alínea "a.2" da Lei nº 8.981, de 1995, serão equivalente à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente.

Por fim, a Lei nº 9.430/96, em seu artigo 61 passou a dispor que sobre os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, incidirão juros de mora à taxa SELIC, leia-se:

Art. 61. Os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores ocorrerem a partir de 1º de janeiro de 1997, não pagos nos prazos previstos na legislação específica, serão acrescidos de multa de mora, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento, por dia de atraso.

*(...) § 3º Sobre os **débitos a que se refere este artigo** incidirão juros de mora calculados à taxa a que se refere o § 3º do art. 5º, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês do pagamento.*

Partindo do disposto no referido artigo, a discussão centrouse na interpretação da expressão *débitos decorrentes de tributos e contribuições*. A d. Procuradoria da Fazenda Nacional defende que a multa de ofício também está sujeita aos juros de mora à taxa SELIC, a partir do seu vencimento.

No entanto, este Conselho Administrativo, por meio de diversos julgados – Acórdão nº 140200.213, sessão de 06/07/2010 e Acórdão nº 10709526, sessão de 16/10/2008, por exemplo – interpretando a citada expressão do artigo 61 da Lei nº 9.430/96, asseverou o seguinte: “Decorrente é aquilo que se segue, que é consequente. De fato o não pagamento de tributos e contribuições nos prazos previstos na legislação faz nascer o débito. Em outras palavras, o débito decorre do não pagamento de tributos e contribuições nos prazos.

A multa de ofício não é débito decorrente de tributos e contribuições. Ela decorre, nos exatos termos do art. 44 da Lei nº 9.430/96, da punição aplicada pela fiscalização às seguintes condutas: a) falta de pagamento ou recolhimento dos tributos e contribuições, após o vencimento do prazo, sem o acréscimo de multa moratória; e b) falta de declaração e nos de declaração inexata.”

Em outras palavras a regra veiculada pelo art. 61 da Lei nº 9.430/96 refere-se à incidência de acréscimos moratórios sobre *débitos decorrentes de tributos e contribuições*, sendo certo que a penalidade pecuniária não decorre de tributo ou contribuição, mas do descumprimento do dever legal de declará-lo e/ou pagá-lo, de onde se extrai a conclusão de ser inaplicável os juros de mora à taxa SELIC sobre a multa de ofício.

Assim, a conclusão dos referidos acórdãos, dentre outros, foi no sentido de que juros de mora só incidem sobre as multas isoladas, aplicadas nos termos do art. 43 da Lei nº 9.430/96:

Art. 43. Poderá ser formalizada exigência de crédito tributário correspondente exclusivamente a multa ou a juros de mora, isolada ou conjuntamente.

Parágrafo único. Sobre o crédito constituído na forma deste artigo, não pago no respectivo vencimento, incidirão juros de mora, calculados à taxa a que se refere o § 3º do art. 5º, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento.

A meu ver não poderia ser outra a conclusão e, nesse ponto, reforço a partir de duas premissas básicas.

A uma, tributo não se confunde com penalidade, porquanto o ordenamento jurídico é regido sistemicamente pelos códigos lícito/ilícito e claramente assevera que o tributo é devido por motivo lícito, sendo jamais cobrado por motivação ilícita. A ilicitude não é *per si* suporte fático tributário. Já a penalidade é devida em razão da prática de uma ilicitude, por exemplo, pelo pagamento em atraso, pelo não pagamento ou pela não declaração. É bem verdade que o crédito tributário pode corresponder à cobrança de um tributo ou de uma penalidade, mas é o ordenamento jurídico que diz quando ele toma para incidência de juros de mora o tributo ou a penalidade, ou ambos.

A duas, porque o crédito tributário não pode ser cobrado senão *ex lege*, cumprindo ao julgador preservar o direito subjetivo do contribuinte de ser cobrado apenas e tão somente na medida da lei, que deve ser interpretada segundo todo o contexto jurídico em que inserida. Ora, é nesse contexto que vislumbramos que o ordenamento tratou, para efeito de incidência dos juros de mora calculados à taxa SELIC, o termo *débitos* para com a União (artigo 61 da Lei nº 9.430/96), quando decorrente de *tributos e contribuições*, não abarcando a incidência de juros de mora sobre a multa de ofício, ao mesmo tempo em que tratou da incidência dos juros de mora sobre o *crédito tributário* (artigo 43 da Lei nº 9.430/96) que formaliza exigência exclusiva de multa ou juros de mora cobrados isoladamente ou estes em conjunto.

Enfim, a distinção é clara. Incide juros de mora sobre tributo, aí incluídas as contribuições, e sobre os lançamentos exclusivamente de multa (isolada) e/ou juros de mora. Com relação à interpretação dos artigos 43 e 61 da Lei nº 9.430/96, importante, ainda, apontar relevante consideração feita em alguns julgados deste Conselho Administrativo (por exemplo no Acórdão nº 10422.508, sessão de 13/06/2007), no sentido de que “*se a expressão ‘débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições’ constante no ‘caput’ do artigo 61 contemplasse também a multa de ofício, não haveria necessidade alguma da previsão do parágrafo único do artigo 43 supra transcrito, posto que a incidência dos juros sobre a multa de ofício lançada isoladamente nos termos do ‘caput’ do artigo já decorreria diretamente do artigo 61.*”

Por fim, peço vênua também para reproduzir as conclusões da Conselheira Sandra Maria Faroni, no Acórdão nº 110200.060 (sessão de 28/08/2009), que resumem os argumentos que concluem pela não incidência dos juros sobre a multa de ofício:

“A obrigação tributária pode ser principal, consistindo em obrigação de dar (pagar tributo ou multa) e acessória, obrigação de fazer (deveres instrumentais). De acordo com o art. 139 do CTN, o crédito tributário

decorre da obrigação principal e tem a mesma natureza desta. Portanto, compreendemse no crédito tributário o valor do tributo e o valor da multa.

O Decreto-lei nº 1.736/79 determinou a incidência dos juros de mora sobre o "valor originário", definindo como "valor originário" o débito, excluídas apenas as parcelas relativas a correção monetária, juros de mora, multa de mora e encargo do DL 1.025/69. Ou seja, não previu a exclusão da multa de ofício.

O art. 161 do CTN determina que o crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, ressalvando apenas a pendência de consulta formulada dentro do prazo legal para pagamento do crédito. Seu § 1º determina que, se a lei não dispuser de forma diversa, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês.

No caso de multa por lançamento de ofício, seu vencimento é no prazo de 30 dias contados da ciência do auto de infração. Assim, o valor da multa lançada, se não pago no prazo de impugnação, sujeitase aos juros de mora. Além dos artigos 2º e 3º do DL 1.736/79, tratam dos juros de mora os seguintes dispositivos de leis ordinárias: Lei 8.383/91, art. 59; Lei 8.981/95, art. 13; Lei 9.430/96, art. 5º, § 3º, art. 43, parágrafo único e art. 61, § 3º, Lei nº 10.522/2002, (cuja origem foi a MP 1.62131/98), arts. 29 e 30. O artigo 61 da Lei 9.430/96 regula a incidência de acréscimos moratórios sobre débitos decorrentes de tributos e contribuições cujos fatos geradores ocorrerem a partir de 01 de janeiro de 1997, não alcançando, pois, a multa por lançamento de ofício, uma vez que:

(a) a multa não decorre do tributo, mas do descumprimento do dever legal de pagá-lo;

(b) entendimento contrário implicaria concluir que sobre a multa de ofício incide a multa de mora.

De mais a mais, a fim de demonstrar o entendimento majoritário do CARF no sentido acima exposto, colaciono a ementa de diversos julgados:

"JUROS DE MORA. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. TAXA SELIC. — É cabível, no lançamento de ofício, a cobrança de juros de mora sobre o tributo ou contribuição, calculados com base na variação acumulada da Taxa Selic. Referidos juros não incidem sobre a multa de ofício lançada juntamente com o tributo ou contribuição, decorrente de fatos geradores ocorridos a partir de 1/01/1997, por absoluta falta de previsão legal. (Acórdão 20216.397, sessão de 14.07.2005)".

"JUROS DE MORA SOBRE A MULTA DE OFÍCIO INAPLICABILIDADE Os juros de mora só incidem sobre o valor do tributo, não alcançando o valor da multa aplicada. (Acórdão 10196.008, sessão de 1/03/2007)".

"INCIDÊNCIA DE JUROS SOBRE MULTA DE OFÍCIO INAPLICABILIDADE Não incidem os juros com base na taxa Selic sobre a multa de ofício, vez que o artigo 61 da Lei n.º 9.430/96 apenas impõe sua incidência sobre débitos decorrentes de tributos e contribuições. Igualmente não incidem os juros previstos no artigo 161

do CTN sobre a multa de ofício.(Acórdão 10196.607, sessão de 06/03/2008)”.
 Cópia

Com efeito, o Código Tributário Nacional trata da incidência de juros de mora em seu artigo 161, segundo o qual: *Art. 161. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária.*

§ 1º *Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês.*

§ 2º *O disposto neste artigo não se aplica na pendência de consulta formulada pelo devedor dentro do prazo legal para pagamento do crédito.*

A Lei nº 9.430/96, a seu turno, em seu artigo 61, estabelece que:

Art. 61. Os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores ocorrerem a partir de 1º de janeiro de 1997, não pagos nos prazos previstos na legislação específica, serão acrescidos de multa de mora, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento, por dia de atraso. (Vide Decreto nº 7.212, de 2010)

§ 1º *A multa de que trata este artigo será calculada a partir do primeiro dia subsequente ao do vencimento do prazo previsto para o pagamento do tributo ou da contribuição até o dia em que ocorrer o seu pagamento.*

§ 2º *O percentual de multa a ser aplicado fica limitado a vinte por cento.*

§ 3º *Sobre os débitos a que se refere este artigo incidirão juros de mora calculados à taxa a que se refere o § 3º do art. 5º, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento. (Vide Lei nº 9.716, de 1998)*

Vêse, portanto, que a Lei nº 9.430/96 prevê expressamente, em consonância com a previsão geral do artigo 161 do CTN, que os juros de mora somente incidem sobre os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Receita Federal.

Tributos e Contribuições não possuem a mesma natureza de multa, não obstante ambos originem crédito tributário. O artigo 3º do CTN deixa isto claro, ao prever que:

Art. 3º Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

Penalidade não é tributo, de sorte que os juros de mora não podem incidir sobre a multa, mas apenas sobre crédito tributário concernente a tributos e contribuições.

Desta forma, nego provimento ao recurso especial da Fazenda Nacional, e dou provimento ao recurso do contribuinte, para excluir a incidência de juros de mora sobre a multa de ofício.

Diante de todo o exposto, voto no sentido de negar provimento parcial ao recurso de ofício e dar provimento parcial ao recurso voluntário.

Voto Vencedor

Conselheiro Alberto Pinto Souza Junior.

Com a devida vênia do Ilustre Relator, ousou divergir do seu r. voto em alguns pontos, pelas razões que passo a expor.

ÁGIOS PAGOS PELA RPAR NA AQUISIÇÃO DA MAGNESITA E DA PARTIMAG

Peço vênia para transcrever o seguinte excerto da decisão da DRJ que bem sintetizou esse primeiro grupo de infrações objeto dos lançamentos em tela:

“Nesse grupo de infrações, a Fiscalização glosou as amortizações dos ágios gerados nas aquisições pela RPAR, no **ano-calendário de 2007, (a) das ações da Partimag S/A**, ágio de R\$747.396.355,00, **(b) das ações da Magnesita S/A** adquiridas das pessoas físicas (seus antigos controladores), de R\$172.539.606,00 e **(c) das ações PN da Magnesita S/A** adquiridas na Bovespa via OPA's, de R\$81.315.462,00; em janeiro de 2008, **(d) das ações PN da Magnesita S/A** adquiridas na Bovespa via OPA's, de R\$73.263.718,00, **(e) das ações ON da Magnesita S/A** adquiridas na Bovespa via OPA's, de R\$238.267.579,00; e em março de 2008, **(f) das ações ON e PN da Magnesita S/A** adquiridas dos controladores gravadas com cláusula de intransferibilidade – **FINOR**, de R\$3.726.053,00.”

Acompanho o Relator no provimento ao recurso voluntário, para cancelar o lançamento relativo aos itens “a” e “b” acima, por entender aplicável o laudo do Banco Real (de agosto de 2007), pois concordo com as ponderações do recorrente de que a legislação fiscal não impõe forma ao demonstrativo de que trata o § 3º do art. 20 do DL 1598/77. Logo, se os autuantes não questionaram a substância econômica do referido demonstrativo, há que aceitá-lo para a fundamentação e fixação do ágio pago nas aquisições das ações da Partimag e da Magnesita (alienadas por pessoas físicas).

Por outro lado, discordo do Relator e sustento perfeito o entendimento da DRJ quando aplicou o laudo elaborado pela Delloite para fixação do valor do ágio por rentabilidade futura pago nas aquisições por intermédio de OPAs realizadas em dezembro de 2007 e janeiro de 2008 (letras “c”, “d” e “e”). Ora, conforme explícito no

Laudo da Deloitte a fls. 4651, ele foi elaborado especificamente para fins da OPA voluntária realizada em dezembro de 2007, assim, além de ser indiscutível sua aplicação para fins de fixação e justificação do ágio por rentabilidade futura de que trata a letra “c” acima, ele era atual para os mesmos fins no que tange aos ágios de que trata as letras “d” e “e”. Se não foram desqualificados tecnicamente nenhum dos dois laudos, há que se entender que as diferenças nas conclusões deles devem-se às mudanças de cenários, já que o laudo do Banco Real é de agosto de 2007 e o da Deloitte é de novembro de 2007, razão pela qual, para fins das aquisições em dezembro de 1997 e janeiro de 2008, este deve prevalecer sobre aquele.

Ademais, é bom lembrar que, à época, o ágio por expectativa de rentabilidade futura não era residual, de forma que, se por um lado a incorporada podia ser avaliada a valor contábil ou de mercado (redação originária do caput do art. 21 da Lei 9.249/95), por outro, a legislação exigia a demonstração da rentabilidade futura. Logo, o simples fato de ter sido pago valor superior ao valor patrimonial da ação não podia ser tomado como ágio por expectativa de rentabilidade futura se tal fundamento não restasse demonstrado. A não demonstração implicava enquadrá-lo no disposto na alínea “c” do § 1º do art. 20 do DL 1598/77 (na redação vigente à época) – outros fundamentos econômicos. Assim, agiu bem a DRJ ao considerar o valor até aquele indicado pelo Laudo da Deloitte, o qual, pelas razões antes exposta, era o aplicável ao caso.

Da mesma forma, discordo do Relator no que tange as suas conclusões sobre o ágio de que trata a letra “f”. Ora, não há como falar que houve a aquisição das referidas ações em dezembro de 2007, se elas estavam gravadas com cláusula de inalienabilidade. Em verdade, qualquer alienação celebrada antes de levantado o gravame estava sob condição suspensiva e o art. 125 do CC expressamente dispõe que: *Subordinando-se a eficácia do negócio jurídico à condição suspensiva, enquanto esta não se verificar, não se terá adquirido o direito, a que ela visa.* Assim, a aquisição das ações realizou-se efetivamente em março de 2008, portanto após a incorporação da Magnesita e Partmag pela RPAR, razão pela qual o ágio pago na operação não poderia ser amortizado já que surgiu, como bem salientou o acórdão recorrido, na própria RPAR. Voto então por negar provimento ao recurso voluntário neste ponto.

GLOSA DOS ÁGIOS GERADOS NAS NEGOCIAÇÕES PARA AQUISIÇÃO DA READEN PELA MAGNESITA

Neste ponto estamos tratando dos seguintes ágios:

- a) ágio que compõe o custo do investimento da Magnesita na EDRJ91, que fora amortizado após a incorporação desta por aquela;
- b) ágio que compõe o custo do investimento da Mukden na Magnesita, que fora amortizado após a incorporação daquela por esta (incorporação reversa).

Primeiramente, alerto que, diferentemente do que as letras “a” e “b” acima podem levar a crer, não estamos tratando de apenas duas incorporações, mas de uma série de negociações que tinha como único objetivo a aquisição do controle da empresa alemã Rearden pela empresa brasileira Magnesita (ora recorrente). Aliás,

é a própria recorrente que alega isso em sua peça recursal, se não vejamos o seguinte excerto (doc. a fls. 4887):

“Considerações iniciais: trata-se de negociações em que a Magnesita Refratários S/A tinha como objetivo adquirir um conjunto de empresas estrangeiras atuantes no mercado de refratários básicos de produtos dolomíticos de alto valor agregado.

Referidas empresas representavam um complexo conglomerado, controlado pelo Grupo Rhône e estavam centralizadas na empresa alemã Rearden L Holding 1S (“Rearden”).”

Ocorre, porém que, para a Magnesita adquirir o controle da Rearden, foram realizadas as seguintes operações:

- 1) o Grupo Rhône (por meio da Rearden 2) constitui a CRH nas Ilhas Virgens Britânicas (paraíso fiscal), a qual passou a controlar a LIC, a qual por sua vez controlava a Rearden;
- 2) o Grupo também constitui a Mukden no Brasil, que controlava a Purus (também no Brasil), cujo capital foi integralizado com a participação na CRH, em conferência de ações que levou ao registro de ágio por expectativa de rentabilidade futura (R\$ 166 milhões);
- 3) a Magnesita registra ágio no montante de R\$ 143 milhões na aquisição de 45,59% da CRH (offshore em paraíso fiscal), sendo que, neste momento, há o “casamento” entre a Magnesita e o Grupo Rhône;
- 4) a Magnesita incorpora a Purus e passa a registrar também o ágio no valor de R\$ 166 milhões que a Purus tinha na CRH, sendo que, nesse momento há a “separação” entre a Magnesita e o Grupo Rhône, pois com a incorporação da Purus, a Magnesita passou a controlar 100% da CRH, a qual controla 100% da LIC, a qual controla 100% da Rearden;
- 5) na incorporação da Purus, a Magnesita entrega (em substituição de ações) ações representativas de 10,97% do seu capital social para a Mukden, que registra ágio no valor de R\$ 261 milhões (diferença entre o PL da Purus entregue e o valor de 10,97% do PL da Magnesita), observe-se que o Grupo Rhône passa a ter participação na Magnesita de 10,97%, o que não se confunde com o controle que tinha antes na Rearden;
- 6) A CRH integraliza capital na EDRJ91 (uma das 212 empresas de prateleira constituídas pelo Sr. Eduardo Duarte) com a participação que ela tinha na LIC (controladora da Rearden) a valor contábil;
- 7) Na incorporação da CRH pela EDRJ91, a Magnesita registra ágio na aquisição de ações da EDRJ91 (em substituição de ações), no montante correspondente exatamente ao somatório dos ágios que anteriormente compunha o custo do seu investimento em CRH (R\$ 166 milhões mais R\$ 143 milhões);

- 8) por último, a Magnesita incorpora a EDRJ91 (e passa a amortizar o ágio no montante de R\$ 309 milhões) e a Mukden (o que lhe dá o direito de amortizar o ágio no valor de R\$ 261 milhões).

Ora, a primeira questão que se coloca é porque foram realizadas tantas operações, se o que se queria efetivamente era apenas uma compra e venda do controle da Rearden (alemã) pela Magnesita (brasileira), ou seja, porque tudo não se resumiu em a Magnesita pagar e os sócios da Rearden transferirem o controle. Ocorre que estamos diante de um tipo de operação conhecido como “casa-separa”, mas com algumas particularidades, se não vejamos. Em regra, as operações casa-separa são realizadas para o contribuinte alienante do ativo dissimular seu ganho de capital, sendo que, no presente caso, se esse fosse o único efeito dos atos praticados, não haveria matéria tributável no Brasil, já que o ganho de capital teria se realizado na Alemanha. No entanto, a seguir demonstraremos que essa operação casa-separa teve também, por objetivo, não somente dissimular o ganho de capital, mas simular ágios por rentabilidade futura.

Primeiramente, chamo atenção que ao incorporar a PURUS, a Magnesita passou a controlar 100% da CRH, que controlava 100% da LIC, que, por sua vez, controlava 100% da Rearden, ou seja, nesse momento, ocorre efetivamente a concretização do negócio dissimulado, ou seja, há a aquisição da Rearden pela Magnesita. Uma análise mais atenta das operações deixa claro que o custo para a Magnesita adquirir a Rearden foi o seguinte:

Pelo 45,59% da CRH pagou.....	R\$ 413.656.500,00
Para incorporar a Purus e, conseqüentemente, passar a controlar os os 54,41% que eram controlados pelo Grupo Rhône, deu em pagamento a esse Grupo ações representativas de 10,97% do seu Capital Social no valor de.....	R\$ 226.200.035,00
CUSTO TOTAL	R\$ 639.856.535,00

Ou seja, pelo custo de R\$ 639.856.535,00, a Magnesita adquiriu a Rearden, mas, ao realizar uma série de atos simulados, contando com empresas de prateleira criadas em paraíso fiscal (CRH) ou mesmo aqui no Brasil (EDRJ91), fabricou ágio por rentabilidade futura da seguinte monta:

Ágio por rentabilidade futura amortizável após a incorporação da EDRJ91	R\$ 309.985.589,00
Ágio por rentabilidade futura amortizável após a incorporação reversa da MUKDEN	R\$ 261.392.218,00
TOTAL	R\$ 571.377.807,00

Ou seja, as operações simuladas com empresas de prateleira, geraram um ágio amortizável no montante de R\$ 571.377.807,00, o que significa que a maior parte dos R\$ 639.856.535,00 do custo incorrido pela Magnesita para adquirir a Rearden será devolvido pelo Erário Público à Magnesita, na forma de despesa dedutível do IRPJ e da CSLL. Em outras palavras, a Magnesita desembolsou apenas R\$ 68.478.728,00 para adquirir a Rearden, já que os R\$ 571.377.807,00 ficaram por conta do Erário Público (brasileiro), aliado ao fato de que, certamente (embora irrelevante para essa jurisdição) dissimulou o ganho de capital na Alemanha.

Observo que deixei de considerar no somatório da tabela acima a despesa com a operação Mukden (no montante de R\$ 38.202.451,00) que fora ativado pela recorrente, o que elevaria o valor total do ágio para R\$ 609.580.259,00, tornando ainda mais patente tudo quanto alegado. De qualquer sorte, o futuro dessa parcela do ágio será o mesmo dos R\$ 571.377.807,00, já que se trata de efeitos de atos simulados.

Caberia agora indagar se houve ágio na aquisição da Rearden. Ora, inicialmente, há que se alertar que à medida que se simulou atos para dissimular as condições efetivas do verdadeiro negócio desejado, deixou-se de juntar, aos autos, elementos necessários para a apuração do ágio pago na aquisição da Rearden. Alguns elementos, porém, deixam claro que, se ágio houve, foi em valor muito inferior ao fabricado pela Magnesita. se não vejamos:

Se 45,59% do PL de CRH valiam R\$ 270.608.766,00, 100%, valiam.....	R\$ 593.570.445,00
Se 54,41% do capital de CRH valiam R\$ 320.654.000,00, 100% valiam.....	R\$ 589.329.167,00

Ora, como sabemos que tanto a CRH como a LIC eram empresas que tinha existência meramente formal, utilizadas nas operações simuladas em tela, e que a empresa que tinha substância econômica era a Rearden, podemos concluir que o valor da CRH acima representa efetivamente o valor do PL da Rearden, o que é um indício de que, se ágio houve, ele foi muito menor do que os R\$ 571.377.807,00 simulados pela Magnesita, já que o custo de aquisição da Rearden foi R\$ 639.856.535,00.

Ainda ressalto, para aqueles que se impressionam com o fato de ter havido pagamento (em dinheiro) de ágio no valor R\$ 143 milhões na aquisição de 45,59% da CRH, que tal valor não significa necessariamente que houve ágio na aquisição da Rearden, pois como demonstrado acima, se ágio houve, ele ficou muito abaixo disso. Ademais, se resta demonstrado que todos os atos intermediários foram simulados, a apuração do ágio efetivo da operação deveria considerar apenas o ato dissimulado (compra direta da Rearden pela Magnesita)

De qualquer modo, nem mesmo a diferença entre R\$ 639.856.535,00 (custo de aquisição) e R\$ 589.329.167,00 (suposto PL da Rearden – valor mais favorável à recorrente) pode ser tomada como ágio por expectativa de rentabilidade futura, já que, como já dito anteriormente, para isso, seria necessário que a recorrente apresentasse o demonstrativo de fundamentação desse ágio, algo que não consta dos autos, já que todas as demonstrações produzidas foram para suportar os atos simulados praticados pela recorrente em conluio com o Grupo Rhône.

Por último, saliento que, embora o TVF não qualifique expressamente as operações como casa-separa, coloca com clareza a simulação, ainda que sob uma linguagem própria, se não vejamos alguns trechos pinçados:

“Este mesmo valor de ágio total **criado nessas duas operações** (R\$309.985.589,46) consta no item 12 da resposta do contribuinte ao **Termo de Intimação nº 2** como sendo o ágio apurado na aquisição da

EDRJ91, ou seja, a **EDRJ91 foi a empresa veículo no Brasil utilizada pela fiscalizada para tentar dar aparência de legalidade à dedutibilidade do ágio.**”.

“Fica patente que o único objetivo de toda essa cadeia de operações estruturadas sob a figura de reorganização societária **foi o desejo manifesto, patente e evidente da fiscalizada criar ágio** em diversas empresas para posteriormente, através da complexa estrutura de reorganização societária com diversas incorporações e aumentos de capital, utilizar-se das despesas de amortização desse ágio para reduzir seu Lucro Líquido e, por decorrência, seu Lucro Real. Não houve o devido ajuste, na forma de adição ao Lucro Líquido, na apuração do Lucro Real e sendo assim, **a fiscalizada acabou lesando os cofres públicos ao criar estrutura organizacional complexa e artificial para tentar justificar o direito ao benefício fiscal que poderia decorrer de operações normais** com fulcro no artigo 386 do RIR/99.”.

Expressões como “empresa veículo” ou “falta de propósito comercial” não são relevantes para qualificações dos atos praticados, salvo se descreverem condutas enquadráveis em vícios jurídicos à luz do ordenamento jurídico pátrio. Ora, a descrição das condutas praticadas pela Magnesita e pelo Grupo Rhône na constituição de empresas denominadas “veículo” e s”em propósito comercial, bem como toda a dinâmica dos fatos narrados no TVF demonstram claramente a simulação de atos para gerar ágio e dissimular tanto o ganho de capital como o verdadeiro custo da operação efetivamente desejada (aquisição da Rearden). Assim, nego provimento ao recurso voluntário neste ponto, para manter a base tributável no montante de R\$ 609.580.259,00.

Da mesma forma, mantenho a multa de ofício qualificada sobre o IRPJ e a CSLL lançados sobre tal base, já que a simulação fraudulenta praticada pela recorrente leva à qualificação da multa por força do disposto no art. 72 da Lei 4502/64.

MULTA ISOLADA

Inicialmente, friso que este Colegiado tem firmado diferentes posições sobre o tema, se não vejamos:

a) há quem sustente que não se aplica a multa isolada após o encerramento do ano-calendário, pois, a partir desse momento, só caberia a multa de ofício sobre o imposto de renda devido sobre o lucro real, já que não se pode penalizar duas vezes pela mesma infração;

b) há quem sustente que só se aplica a multa isolada sobre o valor que o montante do imposto sobre as bases estimadas superarem o imposto de renda sobre o lucro real devido ao final do ano;

c) há quem sustente que, até a entrada em vigor da redação dada pela Lei 11.488/07, a literalidade da redação original do art. 44, § 1º, IV, da Lei 9.430/96 **impunha que a multa isolada só fosse devida quando a pessoa jurídica**

deixasse de pagar o IRPJ e a CSLL e que os valores calculados sobre a base estimada são meras antecipações, logo não se confundem com tais tributos;

d) há quem sustente que a multa isolada não é devida juntamente com a multa de ofício por ser aplicável o instituto do Direito Penal da “consunção”.

Trata-se assim de questão de amplo conhecimento deste Colegiado, razão pela qual, peço vênias aos meus pares para reproduzir voto proferido em outras assentadas, no qual enfrentei cada uma dessas posições.

Da inviabilidade de aplicação do princípio da consunção

O princípio da consunção é princípio específico do Direito Penal, aplicável para solução de conflitos aparentes de normas penais, ou seja, situações em que duas ou mais normas penais podem aparentemente incidir sobre um mesmo fato.

Primeiramente, há que se ressaltar que a norma sancionatória tributária não é norma penal *stricto sensu*. Vale aqui a lembrança que o parágrafo único do art. 273 do anteprojeto do CTN (hoje, art. 112 do CTN), elaborado por Rubens Gomes de Sousa, previa que os princípios gerais do Direito Penal se aplicassem como métodos ou processos supletivos de interpretação da lei tributária, especialmente da lei tributária que definia infrações. Esse dispositivo foi rechaçado pela Comissão Especial de 1954 - que elaborou o texto final do anteprojeto, sendo que tal dispositivo não retornou ao texto do CTN que veio a ser aprovado pelo Congresso Nacional. À época, a Comissão Especial do CTN acolheu os fundamentos de que o direito penal tributário não tem semelhança absoluta com o direito penal (sugestão 789, p. 513 dos Trabalhos da Comissão Especial do CTN) e que o direito penal tributário não é autônomo ao direito tributário, pois a pena fiscal mais se assemelha a pena cível do que a criminal (sugestão 787, p.512, *idem*). Não é difícil, assim, verificar que, na sua gênese, o CTN afastou a possibilidade de aplicação supletiva dos princípios do direito penal na interpretação da norma tributária, logicamente, salvo aqueles expressamente previstos no seu texto, como por exemplo, a retroatividade benigna do art. 106 ou o *in dubio pro reo* do art. 112.

Das condutas infracionais diferentes

Ainda que aplicável fosse o princípio da consunção para solucionar conflitos aparentes de norma tributárias, não há no caso em tela qualquer conflito que justificasse a sua aplicação. Conforme já asseverado, o conflito aparente de normas ocorre quando duas ou mais normas podem aparentemente incidir sobre um mesmo fato, o que não ocorre *in casu*, já que temos duas situações fáticas diferentes: a primeira, o não recolhimento do tributo devido; a segunda, a não observância das normas do regime de recolhimento sobre bases estimadas. Ressalte-se que o simples fato de alguém, optante pelo lucro real anual, deixar de recolher o IRPJ mensal sobre a base estimada não enseja per se a aplicação da multa isolada, pois esta multa só é aplicável quando, além de não recolher o IRPJ mensal sobre a base estimada, o contribuinte deixar de levantar balanço de suspensão, conforme dispõe o art. 35 da Lei no 8.981/95. Assim, a multa isolada não decorre unicamente da falta de recolhimento do IRPJ mensal, mas da inobservância das normas que regem o recolhimento sobre bases estimadas, ou seja, do regime.

Temos, então, duas situações fáticas diferentes, sob as quais incidem normas também diferentes. O art. 44 da Lei no 9.430/96 (na sua redação vigente à época do lançamento) já albergava várias normas, das quais vale pinçar as duas sub examine: a decorrente da combinação do inciso I do caput com o inciso I do § 1o - aplicável por falta de pagamento do tributo; e a decorrente da combinação do inciso I do caput com o inciso IV do § 1o – aplicável pela não observância das normas do regime de recolhimento por estimativa. Ora, a norma prevista da combinação do inciso I do caput com o inciso I do § 1o do art. 44 jamais poderia ser aplicada pela falta de recolhimento do IRPJ sobre a base estimada, então, como se falar em consunção, para que esta absorva a norma prevista da combinação do inciso I do caput com o inciso IV do mesmo § 1o .

Assim, demonstrado que temos duas situações fáticas diferentes, sob as quais incidem normas diferentes, resta irrefutável que não há unidade de conduta, logo não existe qualquer conflito aparente entre as normas dos incisos I e IV do § 1º do art. 44 e, conseqüentemente, indevida a aplicação do princípio da consunção no caso em tela.

Noutro ponto, refuto os argumentos expendidos no acórdão recorrido, os quais concluem que a falta de recolhimento da estimativa mensal seria uma conduta menos grave, por atingir um bem jurídico secundário – que seria a antecipação do fluxo de caixa do governo. Conforme já demonstrado, a multa isolada é aplicável pela não observância do regime de recolhimento pela estimativa e a conduta que ofende tal regime jamais poderia ser tida como menos grave, já que põe em risco todo o sistema de recolhimento do IRPJ sobre o lucro real anual – pelo menos no formato desenhado pelo legislador.

Em verdade, a sistemática de antecipação dos impostos ocorre por diversos meios previstos na legislação tributária, sendo exemplos disto, além dos recolhimentos por estimativa, as retenções feitas pelas fontes pagadoras e o recolhimento mensal obrigatório (carnê-leão), feitos pelos contribuintes pessoas físicas. O que se tem, na verdade são diferentes formas e momentos de exigência da obrigação tributária. Todos esses instrumentos visam ao mesmo tempo assegurar a efetividade da arrecadação tributária e o fluxo de caixa para a execução do orçamento fiscal pelo governo, impondo-se igualmente a sua proteção (como bens jurídicos). Portanto, não há um bem menor, nem uma conduta menos grave que possa ser englobada pela outra, neste caso.

Ademais, é um equívoco dizer que o não recolhimento do IRPJ-estimada é uma ação preparatória para a realização da “conduta mais grave” – não recolhimento do tributo efetivamente devido no ajuste. O não pagamento de todo o tributo devido ao final do exercício pode ocorrer independente do fato de terem sido recolhidas as estimativas, pois o resultado final apurado não guarda necessariamente proporção com os valores devidos por estimativa. Ainda que o contribuinte recolha as antecipações, ao final pode ser apurado um saldo de tributo a pagar, com base no resultado do exercício. As infrações tributárias que ensejam a multa isolada e a multa de ofício nos casos em tela são autônomas. A ocorrência de uma delas não pressupõe necessariamente a existência da outra, logo inaplicável o princípio da consunção, já que não existe conflito aparente de normas.

Das diferentes bases para cálculos das multas

A tese de que as multas isolada e de ofício, no presente caso, estariam incidindo sobre a mesma base, também, não deve prosperar, seja porque as bases não são idênticas, seja porque, ainda que idênticas, o bis in idem só ocorreria se as duas sanções fossem aplicadas pela ocorrência da mesma conduta, o que já ficou demonstrado que não ocorre, se não vejamos.

A multa isolada corresponde a um percentual do IRPJ calculado sobre a base estimada, na qual o valor das despesas e custos decorrem de uma estimativa legal, ou seja, o legislador quando determina a aplicação de um percentual sobre a receita bruta, para o cálculo da base estimada, está, em verdade, estimando custos e despesas. A multa de ofício, in casu, corresponde a um percentual sobre o IRPJ calculado sobre o lucro real, na qual se leva em conta as despesas e custos efetivamente incorridos. Em suma, se a base estimada difere do lucro real, se são valores distintos, inclusive com previsões legais distintas, os impostos delas resultantes são também valores distintos e, conseqüentemente, as multas ad valorem que incidem sobre elas, também, são valores que não se confundem.

Todavia, ainda que as multas isolada e de ofício fossem calculadas sobre o IRPJ incidente sobre a mesma base de cálculo, isso não significaria um bis in idem, pois, como já asseverado acima, a ocorrência de uma infração não importa necessariamente na ocorrência da outra, o que torna irrefutável que as infrações decorrem de condutas diversas. O contribuinte pode ter recolhido todo o IRPJ devido sobre a base estimada em cada mês do ano-calendário e não recolher a diferença calculada ao final do período, ficando sujeito assim a multa de ofício, mas não a multa isolada. Ao contrário, pode deixar de recolher o IRPJ sobre a base estimada, mas pagar, ao final do ano, todo o IRPJ sobre o lucro real, hipótese na qual só ficará sujeito à multa isolada.

A definição da infração, da base de cálculo e do percentual da multa aplicável é matéria exclusiva de lei, nos termos do art. 97, V do CTN, não cabendo ao intérprete questionar se a dosimetria aplicada em tal e qual caso é adequada ou excessiva, a não ser que adentre a seara da sua constitucionalidade, o que está expressamente vedado pela Súmula CARF nº 2.

Da redação original do art. 44, § 1º, IV, da Lei 9430/96

Adite-se ainda, que o legislador dispôs expressamente, já na redação original do inciso IV do § 1º do art. 44, que é devida a multa isolada ainda que o contribuinte apure prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa ao final do ano, deixando claro, assim, que:

a) primeiro, que estava se referindo ao imposto ou contribuição calculado sobre a base estimada, já que em caso de prejuízo fiscal e base negativa, não há falar em tributo devido no ajuste; e

b) segundo, que o valor apurado como base de cálculo do tributo ao final do ano é irrelevante para se saber devida ou não a multa isolada; e

c) terceiro, que a multa isolada é devida ainda que lançada após o encerramento do ano-calendário, já que pode ser lançada mesmo após apurado prejuízo fiscal ou base negativa.

Da negativa de vigência de lei federal

Peço vênia aos meus pares, para expressar minha profunda discordância com as referidas posições adotadas por este Colegiado: Entendo que tais posicionamentos têm, em verdade, por via oblíqua, negado vigência a uma lei federal, pois afrontam literalmente o disposto nos art. 2o e 44, § 1o , IV, da Lei no 9.430/96 (vigente à época do lançamento) e no art. 35 da Lei 8.981/95. É demais imaginar que se coaduna com os mais comezinhos princípios do direito a permissão dada ao contribuinte, por tais decisões, para, em janeiro de um determinado ano calendário, decidir se obedece ou não o art. 2o e segs. da Lei no 9.430/96. Em outras palavras, os referidos posicionamentos deste Colegiado desnaturam a norma tributária tornando-a uma norma facultativa, já que a sua não observância não traz, à luz de tais posicionamentos, qualquer consequência jurídica.

Assim, por todo o exposto, voto no sentido de manter a multa isolada.

JUROS SOBRE MULTA DE OFÍCIO

No que tange a questão da incidência de juros de mora sobre a multa de ofício, renovo o pedido de vênia aos meus pares, para reproduzir voto que proferi na 1ª Turma da CSRF (acórdão nº 9101-001.474), o qual foi acolhido pelo voto de qualidade.

De plano, vale analisarmos o art. 161 do CTN, o qual assim dispõe:

"Art. 161. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária.

§ 1º Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês.

....."

Note-se que o termo crédito no caput do art. 161 vem desacompanhado do adjetivo "tributário", o que deixa clara a intenção do legislador de, nele, incluir também multas (ad valorem ou específicas). A mesma preocupação teve o legislador nos §§ 1º e 3º do art. 113 do CTN, pois, ao dispor que a penalidade se converte em obrigação qualificou apenas com o adjetivo principal (obrigação de dar), mas não com o adjetivo "tributário". Com isso, já se desconstitui qualquer argumento de ofensa ao conceito de tributo do art. 3º do CTN.

Por sua vez, não procede a alegação de que a expressão "sem prejuízo de outras penalidades cabíveis" levaria à conclusão de que a multa de ofício (punitiva) não estaria contida no termo "crédito". Ora, a referida expressão autoriza o legislador ordinário a criar multas de caráter moratório, pois, da simples leitura do dispositivo, verifica-se que a penalidade ali tratada tem como causa apenas a impontualidade. Realmente, à luz do caput do art. 161 do CTN não incidem juros de mora sobre multa de mora, logicamente, quando for o caso de sua aplicação. Agora, quanto à multa de ofício, cuja causa não reside na mera impontualidade, esta compõe o crédito devido e, por consequência, sofre a incidência dos juros de mora.

Assim sendo, em caso de vazio normativo, incidirá, por força do § 1º do art. 161, juros de mora à taxa de 1% a.m.. Cabe, então, agora, verificarmos se a matéria foi realmente disciplinada no art. 30 da Lei nº 10.522/02. Para tanto, trago à colação tanto o art. 30 como o dispositivo a que ele se remete, in verbis:

"Art. 29. Os débitos de qualquer natureza para com a Fazenda Nacional e os decorrentes de contribuições arrecadadas pela União, constituídos ou não, cujos fatos geradores tenham ocorrido até 31 de dezembro de 1994, que não hajam sido objeto de parcelamento requerido até 31 de agosto de 1995, expressos em quantidade de Ufir, serão reconvertidos para real, com base no valor daquela fixado para 1º de janeiro de 1997.

§ 1º A partir de 1º de janeiro de 1997, os créditos apurados serão lançados em reais.

Art. 30. Em relação aos débitos referidos no art. 29, bem como aos inscritos em Dívida Ativa da União, passam a incidir, a partir de 1 de janeiro de 1997, juros de mora equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia – Selic para títulos federais, acumulada mensalmente, até o último dia do mês anterior ao do pagamento, e de 1% (um por cento) no mês de pagamento.

Surge de plano uma questão a ser dirimida, qual seja, se a remissão feita, pelo caput do art. 30, aos débitos referidos no art. 29, limita-se ou não aos débitos cujos fatos geradores tenham ocorrido até 31 de dezembro de 1994. Ora, a remissão é técnica legislativa que visa abreviar o texto legal, evitando repetições desnecessárias. Todavia, há que ser cuidadosamente analisada, pois não pode levar a uma interpretação desarrazoada, resultante da absorção puramente mecânica e literal de uma norma pela outra. Desarrazoado é aquilo em que não se observa a lógica, a razão, é o despropósito. Logo, fere a lógica concluir que apenas as multas de ofício anteriores a 1995 sofreriam a incidência da taxa SELIC, enquanto que as multas posteriores sofreriam a incidência de outra taxa de juros.

Assim, entendo que a melhor exegese leva-nos a concluir que a remissão feita pelo caput do art. 30 alcança apenas a expressão "débitos de qualquer natureza para com a Fazenda Nacional e os decorrentes de contribuições arrecadadas pela União", razão pela qual, no presente caso, concluo que incidem juros de mora à taxa Selic sobre as multas de ofício *ad valorem*.

Por último, ressalto que, tratando-se da mesma situação fática e do mesmo conjunto probatório, a decisão prolatada quanto ao lançamento do IRPJ é aplicável, *mutatis mutandis*, ao lançamento da CSLL.

Em face do exposto, voto no sentido de:

- a) dar provimento ao recurso voluntário no ponto relativo ao ágio nas aquisições das ações da Partimag e da Magnesita (pertencentes a pessoas físicas);

- b) negar provimento aos recursos de ofício e voluntário no ponto relativo ao ágio nas aquisições das ações em oferta pública de ações;
- c) negar provimento ao recurso voluntário no ponto relativo ao ágio nas aquisições das ações gravadas com cláusulas de inalienabilidade (FINOR);
- d) negar provimento ao recurso voluntário no ponto relativo aos ágios aproveitados após as incorporações da EDRJ91 e Mukden;
- e) negar provimento ao recurso voluntário nos pontos relativos às multas qualificadas e isoladas e aos juros sobre multa de ofício.

Conselheiro Alberto Pinto S. Junior – Redator designado.