



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

Processo nº 16327.721552/2013-35
Recurso nº Voluntário
Resolução nº **1301-000.275 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Data 24 de março de 2015
Assunto Diligência
Recorrente WESTERN ASSET MANAGEMENT COMPANY DISTRIBUIDORA DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS LIMITADA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Resolvem os membros do colegiado, por unanimidade de votos, CONVERTER O JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA para que os autos retornem à unidade de origem e aguardem o trânsito em julgado do processo nº 16327.000992/2010-11. Fez sustentação oral pela Procuradoria da Fazenda Nacional Dr. Marco Aurelio Zortea Marques e pela recorrente Dra. Ana Paula Schincariol Lui Barreto OAB/SP nº 157658.

(Assinado digitalmente)

ADRIANA GOMES RÊGO - Presidente.

(Assinado digitalmente)

CARLOS AUGUSTO DE ANDRADE JENIER - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Adriana Gomes Rêgo (Presidente), Paulo Jakson da Silva Lucas, Wilson Fernandes Guimarães, Carlos Augusto de Andrade Jenier, Valmir Sandri e Edwal Casoni de Paula Fernandes Junior.

Relatório

Por bem descrever as circunstâncias contidas nos autos, adoto o relatório apresentado pela r. decisão de primeira instância, de onde destaco:

Trata-se de impugnação apresentada contra os lançamentos que formalizaram a exigência de IRPJ e CSLL no montante de R\$ 37.494.005,37, compreendendo, além dos tributos, multa vinculada, multa isolada e juros de mora, tendo por fundamento legal o art. 3º da Lei nº 9.249/1995 e demais dispositivos indicados nos autos de infração de fls. 2.463 a 2.485 e 2.486 a 2.504.

Os lançamentos foram motivados pelas seguintes infrações: 1) falta de adição à base de cálculo de despesa indedutível na apuração do lucro tributável pelo IRPJ e pela CSLL; 2) exclusões indevidas das bases cálculo daqueles tributos; 3) compensação indevida de prejuízos fiscais; e 4) falta de recolhimento de IRPJ e de CSLL calculados sobre base estimada mensal.

As infrações estão descritas de forma detalhada no Termo de Verificação de Fiscal (fls. 2.505 a 2.530), que pode ser assim resumido:

O escopo do procedimento fiscal era analisar as despesas com amortização de ágio, que, a juízo da Fiscalização, eram indedutíveis em razão do fundamento econômico, que consistia no fundo de comércio e intangíveis.

No processo administrativo nº 16327.000992/2010-11, apurou-se, na composição das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, nos anos de 2006 e 2007, a existência de despesas indedutíveis referentes à amortização de ágio, o que rendeu ensejo a lançamento de ofício. Idêntica infração foi constatada nos anos de 2008 a 2010, mercê da reiteração da conduta pela fiscalizada ao longo desses anos.

A autoridade fiscal relatou que, em 23 de junho de 2005, os grupos Citibank e Legg Mason celebraram contrato, pelo qual o primeiro cederia a gestão de recursos de terceiros (“asset management”).

No bojo dessa operação, o grupo Citibank constituiu duas sociedades empresárias, para as quais transferiu a atividade de gestão de recursos de terceiros. Assim, para a O.C.F.S.P.E. Empreendimentos e Participações Ltda., depois denominada Citifundos Asset Management Ltda., transferiu a “bandeira de renda variável”; enquanto para a L.M.R.S.P.E. Empreendimentos e Participações Ltda., depois denominada Citiportfolio Asset Management Ltda., a “bandeira de renda fixa”.

As duas entidades empresariais foram constituídas em 25 de maio de 2005, cada uma com capital social de R\$ 500,00. Até a data da transferência dos ativos e passivos referentes à atividade de gestão de recursos de terceiros, nenhuma delas havia operado.

Paralelamente, o grupo Legg Mason, que não tinha negócios no Brasil, adquiriu, em 30 de setembro de 2005, duas holdings: V.H.R.S.P.E. Empreendimentos e Participações

Ltda., depois denominada Legg Mason Participações Ltda., e P.D.R.S.P.E. Empreendimentos e Participações Ltda., depois denominada Western Asset Participações Ltda.

Em 28 de novembro de 2005, as holdings sofreram aumento de capital social, mediante aporte de recursos oriundos do grupo Legg Mason.

Em 1º de dezembro de 2005, deu-se a aquisição das cotas do capital da Citifundos Asset Management (bandeira de renda variável) pela Legg Mason Participações Ltda., que pagou ao Citibank S.A. a quantia de R\$ 155.394.956,57, contabilizando um ágio de R\$ 154.816.956,57.

Conforme laudo de avaliação de Ernst & Young, em 1º de dezembro de 2005, o patrimônio líquido da Legg Mason Participações Ltda. era de R\$ 155.397.706,13, assim constituído: ativo permanente investimento R\$ 578.000,00; ágio R\$ 154.816.956,57.

Em 31 de dezembro de 2005, efetivou-se incorporação reversa, pela qual a controladora Legg Mason Participações Ltda. foi incorporada pela controlada, Citifundos Asset Management.

Procedimento semelhante envolveu a Citiportfolio Asset Management (bandeira de renda fixa) e a Western Asset Participações Ltda. Esta última pagou ao Citibank S.A. a importância de R\$ 41.407.638,13, tendo sido registrado um ágio de R\$ 39.629.638,13.

Consumada a aquisição, o patrimônio de Western Asset Participações Ltda., em 1º de dezembro de 2005, era de R\$ 41.566.084,00, assim distribuído: ativo permanente investimento R\$ 1.778.000,00; ágio R\$ 39.629.638,13.

Também aqui se operou a incorporação da controladora pela controlada, a qual passou a ter como denominação Western Asset Administradora de Recursos Ltda.

Com as citadas incorporações, o ágio foi transferido para as incorporadoras, Citifundos Asset Management Ltda. e Western Asset Administradora de Recursos Ltda. (antes denominada Citiportfolio Asset Management).

Em 31 de maio de 2006, a Western Asset Administradora de Recursos Ltda. foi incorporada pela Citifundos Asset Management Ltda., o que acarretou a transferência do ágio para a incorporadora. Em 14 de junho de 2006, foi alterada a razão social da Citifundos Asset Management Ltda. para Western Asset Management Co. Ltda.

Em 27 de maio de 2008, a Western Asset Management Co. Ltda. foi transformada em distribuidora de títulos e valores mobiliários, passando a ostentar a seguinte denominação social Western Asset Management DTVM.

O ágio pago na aquisição dos investimentos registrou-se originalmente no ativo permanente; mas, após o processo de incorporação, foi transferido para o ativo diferido.

A partir de 2006, a sociedade Western Asset Management DTVM vem amortizando o ágio à razão de 1/96 avos mensais, com fulcro o inciso II do art. 386 do Regulamento do Imposto de Renda – RIR.

A contribuinte consignou, como fundamento econômico do ágio, o valor da rentabilidade com base em previsão de resultados futuros, respaldando-se em avaliação econômico-financeira, na qual se utilizou a metodologia do fluxo de caixa para acionista descontado a valor presente, projetando os resultados no período de dezembro de 2005 a dezembro de 2012.

A Fiscalização, todavia, entendeu que o verdadeiro fundamento econômico não foi a expectativa de rentabilidade, mas o fundo de comércio.

Ponderou a autoridade lançadora que a realidade fática na qual se insere o empreendimento impossibilita qualquer previsão segura de resultados futuros, dada a ausência de histórico na área de gestão de recursos de terceiros. Dessa forma, descaracterizada a expectativa de rentabilidade como fundamento econômico do ágio, procedeu-se à glosa das respectivas quotas de amortização.

A Fiscalização considerou que o verdadeiro fundamento para o ágio foi o fundo de comércio relativo à atividade de “asset management”. A carteira de recebíveis foi o único ativo transferido, representando a clientela, que não é passível de existência autônoma, estando diretamente ligada ao conceito de fundo de comércio.

Ressaltou que, à luz do Direito Tributário, o conceito de estabelecimento comercial e o de fundo de comércio coincidem. São direitos passíveis de alienação autônoma.

Segundo a jurisprudência, o conceito de fundo de comércio engloba também a clientela. Conforme a doutrina, a clientela e o aviamento também estão ligados à noção de fundo de comércio. Para alguns doutrinadores a clientela é o próprio fundo de comércio; para outros, é um dos atributos do estabelecimento empresarial, sem existência autônoma.

Em 1º de dezembro de 2005, o grupo Citibank transferiu à Citifundos e à Citiportfolio o fundo de comércio relativo às atividades de gestão de recursos de terceiros. Na mesma data, a totalidade das cotas foi adquirida pelo grupo Legg Mason.

À Citifundos foram transferidos do ativo os seguintes elementos:

- *disponibilidades (caixa); contas a receber (taxas de administração de fundos de investimentos);*
- *outros créditos (adiantamento de 13º e 14º salários); bens do ativo permanente (computadores,*
- *equipamentos, móveis, equipamentos de telefonia); veículos; diferido (software, benfeitorias em imóveis de terceiros). Relativamente ao passivo, foram transferidas outras obrigações (passivos trabalhistas a pagar);*
- *participações nos lucros e bônus.*

À Citiportfolio foram transferidas as disponibilidades (caixa e bancos) e as contas a receber (taxa de administração de fundos de investimentos).

A carteira de recebíveis está diretamente vinculada ao fundo de comércio da atividade de gestão de recursos de terceiros, sendo deste indissociável. As empresas Citifundos e Citiportfolio nunca operaram de forma dissociada do fundo de comércio transferido pelo Citibank. Foi também transferida a quase totalidade dos empregados, que continuaram a trabalhar no mesmo local, mesma atividade e com a mesma estrutura operacional.

Observou a autoridade lançadora que “os fundos continuaram a ser distribuídos pelo Citibank, e as atividades permaneceram no mesmo local e com os mesmos elementos físicos, que foram decisivos na formação dessa clientela. Apesar da mudança de denominação dos fundos com a introdução do nome Legg Mason, a percepção dos clientes foi de que houve apenas uma troca de gestor das carteiras e fundos. O Citibank ainda operava diretamente junto ao público. Tudo continuava ali onde sempre esteve e onde a clientela estava habituada a transacionar.” (fl. 2.520)

A Fiscalização extraiu dos relatórios de avaliação econômico-financeira, elaborados em 28 de novembro de 2005, por Deloitte Touche Tohmatsu Consultores Ltda., a seguinte observação, que reforça a tese de que o ágio foi baseado no fundo de comércio:

"O CAM foi recentemente desmembrado em duas empresas, o Citiportfolio, cujo produto são as carteiras administradas, contando com cerca de 70 clientes individuais, principalmente fundos de pensão; e o Citifundos, que tem como produto os fundos de investimento, contando com aproximadamente 100.000 clientes, incluindo varejo, geridas tanto exclusivamente, quanto conjuntamente.

Uma vez que o Citifundos é uma empresa recém-criada, não dispõe de histórico próprio, de forma que a análise feita a seguir refere-se ao CAM como um todo".

"Assim, a análise do crescimento das receitas líquidas e patrimônio administrado pelos fundos foi baseada em dados do CAM do Grupo Citibank no período de 2002 a 2004." (fl. 2.520)

Como a lei só prevê a dedução do ágio fundado na expectativa de rentabilidade em exercícios subsequentes, a Fiscalização entendeu que deveria anular, para fins fiscais, a apropriação das quotas de amortização do ágio que, de alguma forma, interferiram na apuração do lucro tributável. A glosa se refletiu nos recolhimentos mensais por estimativa e na composição do prejuízo fiscal e da base de cálculo negativa da CSLL.

A contribuinte, não resignada, insurgiu-se contra o lançamento. A impugnação, vertida em sessenta e quatro laudas, contesta o entendimento da Fiscalização de que o ágio tem como origem o fundo de comércio, e não a expectativa de rentabilidade.

Disse a impugnante que a legislação em vigor prevê três fundamentos para o ágio, não estabelecendo a obrigatoriedade da existência de todos eles, mas apenas de um deles. Igualmente não fixou, para esses fundamentos, uma ordem lógica. A determinação do fundamento econômico para o ágio, em uma dada aquisição de bens, é critério de decisão único e exclusivo do adquirente, derivando tal prerrogativa da liberdade negocial e da livre iniciativa.

Portanto, não caberia ao Fisco estabelecer o fundamento que se presume suportar o preço pago, especialmente quando o contribuinte preenche todos os requisitos legais para comprovação de tal fundamento.

A impugnante baseou-se nas conclusões exaradas em laudos de avaliação que apontam a expectativa de rentabilidade como o fundamento do ágio.

A Fiscalização, embora afirmando que o fundamento do ágio fosse o fundo de comércio, não fez qualquer prova nesse sentido. Não demonstrou que o ágio englobaria algum valor correspondente ao fundo de comércio e tampouco qual seria a parcela desse montante que comporia o total do custo de aquisição. Ao contrário, a autoridade lançadora afirmou, de forma genérica, que o ágio estaria vinculado ao fundo de comércio, sem produzir qualquer prova para referendar a singela alegação.

Por outro lado, não teria sido posta em dúvida a validade do laudo de avaliação econômico-financeira. Não se comprovou, disse a impugnante, a inverdade do laudo apresentado, o qual é o documento exigido pela legislação tributária para comprovar o fundamento do ágio, na hipótese de expectativa de rentabilidade.

A impugnante menciona uma diferença conceitual entre fundo de comércio e sociedade empresária. Disse que o Código Civil de 2002 emprega as expressões estabelecimento empresarial e fundo de comércio como sinônimos. Essa figura não pode ser confundida com o patrimônio da sociedade. O estabelecimento ou fundo de comércio é o meio para a consecução de um fim, que é a realização da atividade empresarial. Daí se infere que o fundo de comércio é parte integrante da própria sociedade empresária.

Analisando os conceitos de fundo de comércio e de sociedade empresária, percebe-se a distinção entre ambos. O fundo de comércio compreende um conjunto de bens cuja função é tornar possível a atividade empresária. A sociedade empresária é algo mais amplo do que o fundo de comércio. É a conjugação de esforços de duas ou mais pessoas, que unem capital e trabalho com o objetivo de obter lucro. Nesse sentido, fundo de comércio nada mais é do que o meio para a obtenção daquele propósito, é o conjunto de elementos de que se utiliza a empresa para obter os resultados da respectiva atividade.

O estabelecimento empresarial não pode ser confundido com a sociedade empresária (sujeito de direito), nem com a empresa (atividade econômica). Empresa é a atividade econômica desenvolvida no estabelecimento, não se confundindo com o complexo de bens nele reunidos. Assim, o fundo de comércio faria parte de um todo que é a sociedade empresária.

Analisando as operações realizadas pela impugnante, verifica-se que os valores pagos pela aquisição das sociedades Citifundos e Citiportfolio não dizem respeito apenas ao fundo de comércio, como equivocadamente afirmou a autoridade fiscal, mas sim à precificação atribuída às sociedades empresárias gestoras das carteiras de investimento. O ágio tem sua origem na aquisição das sociedades empresárias. O preço pago diz respeito às sociedades como um todo, e não somente aos respectivos fundos de comércio, não sendo possível segregar ou identificar o montante relativo especificamente ao fundo de comércio nessas aquisições.

Frisou a impugnante que não há qualquer discussão, no presente processo, acerca da invalidade das operações realizadas. Nelas o que se fez foi apurar o valor de expectativa de rentabilidade, em exercícios futuros, dos investimentos feitos, sendo impossível ou inviável segregar ou identificar quanto dessa expectativa era ligada ao fundo de comércio ou a qualquer outro elemento patrimonial, já que estavam sendo valoradas e adquiridas as sociedades empresárias como um todo.

A impugnante sustentou que toda aquisição de empresa ou de fundo de comércio, com ágio, tem por suporte a expectativa de rentabilidade, que é a forma de valoração dos elementos do ativo. Assim, não há como existir expectativa de rentabilidade futura de algo que não seja o conjunto de bens de uma empresa ou que não seja a própria empresa.

O motivo determinante que leva o comprador a pagar ágio é o reconhecimento de que os bens do ativo da empresa investida estão subavaliados. O ágio respaldado no fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas, busca apenas representar situações que não estão adequadamente refletidas na contabilidade da investida, tais como, nome comercial, marcas de indústria e comércio, lista de clientes, know-how, expressão ou sinal de propaganda, entre outras.

A carteira de recebíveis faz parte do fundo de comércio, mas o fato de este ativo ter sido, também, adquirido, não implica inexoravelmente a conclusão de que o ágio ora em exame esteja amparado no fundo de comércio. (fl 2.571) Afirmar a impugnante que seria imprescindível identificar os ativos que compõem o fundo de comércio e, ainda, evidenciar que o ágio apurado nas operações societárias aqui examinadas decorreu de um sobrevalor desses ativos.

A par dessa argumentação, a impugnante pontuou que a glosa não se sustenta também quando o ágio é analisado pelo enfoque contábil. Nessa perspectiva, nota-se que o termo fundo de comércio é empregado em sentido distinto daquele conferido pela doutrina comercial.

Fundo de comércio, segundo do Direito Comercial, compreende todos os bens destinados à consecução dos objetivos da sociedade empresária. Na perspectiva contábil, porém, consiste em todos os bens passíveis de individualização, ou seja, de reconhecimento e mensuração. Assim, para justificar o sobrevalor do fundo de comércio da investida, cumpre identificar e mensurar, por meio de laudo, cada um dos bens que compõem o fundo de comércio.

Nesse ponto, a impugnante sugere retomar o conceito de que a expectativa de rentabilidade pode servir à valoração da sociedade empresária como um todo. Por conseguinte, a análise pode incluir elementos que não constituam ou integrem o fundo de comércio no sentido dado pelo legislador, o que implica dizer que o inciso II, do §2º, do art. 385 do RIR, serviria também ao registro de expectativa de rentabilidade vinculada a elementos que, integrando o fundo de comércio, não puderem ser identificados, nem individualizados.

A Fiscalização pretendeu conferir à expressão fundo de comércio, prevista no inciso III, do artigo citado, o sentido que lhe dá a doutrina comercial, daí concluindo que todos os bens, individualizáveis ou não, compõem o fundo de comércio, o qual seria, em última análise, a justificativa do ágio gerado na operação em exame.

A autoridade lançadora adotou o enfoque contábil para atribuir a fundamentação econômica ao ágio; mas, ao mesmo tempo, se valeu do conceito jurídico de fundo de comércio, o que acarreta impossibilidade de aplicar-se o dispositivo legal.

Disse a impugnante que a Fiscalização não se preocupou em identificar, nem mensurar os elementos que compõem o fundo de comércio das sociedades adquiridas.

Cingiu-se a fazer referências genéricas a elementos componentes do fundo de comércio, sem verificar, no entanto, se tais elementos poderiam ser mensurados.

Especificamente quanto à clientela, alegou que as operações de aquisição em análise tiveram por objeto fundos de investimentos. Ocorre que, embora tenha havido a "transferência" dos recursos desses fundos à gestão dos adquirentes, isso não implica necessariamente a "transferência" dos quotistas desses fundos, ou seja, da suposta clientela.

Isso porque os quotistas podem deliberar pela troca do gestor e administrador do fundo. Não há garantias da vinculação da "clientela", de forma a possibilitar a mensuração dessa "clientela" segregada dos demais elementos componentes do patrimônio das sociedades empresárias adquiridas.

Se a Fiscalização tivesse adotado corretamente o critério contábil na definição do fundamento econômico do ágio, promovendo a individualização dos elementos do ativo, teria percebido que a clientela não poderia integrar essa gama de ativos individualizáveis, capazes de servir ao fundamento econômico do ágio de forma isolada.

Nos registros fiscais e contábeis da impugnante, o ágio foi baseado na expectativa de rentabilidade, considerando a sociedade empresária adquirida como um todo.

Não se mensurou a expectativa de rentabilidade tendo em vista cada um dos bens que formam o fundo de comércio, para assim atribuir-lhes valor individual.

A Fiscalização, diferentemente, adotou o enfoque contábil para identificar o fundamento econômico do ágio, mas partiu de uma premissa equivocada, quanto ao sentido da expressão fundo de comércio, desvirtuando a intenção do legislador.

Segundo a ciência contábil, a expressão fundo de comércio se refere única e exclusivamente ao intangível não identificado especificamente, sem vida própria, sem chance de negociação individualizada, normalmente fruto de "sinergia entre outros ativos" e outros fatores. Esse é também o significado conferido pela doutrina contábil ao ágio gerado por expectativa de rentabilidade futura.

Logo, sob o ponto de vista contábil, teria se equivocado o legislador ao enumerar o fundo de comércio e a expectativa de rentabilidade como fundamentos distintos para o ágio; pois, ao fazê-lo, estaria se reportando ao mesmo instituto contábil duas vezes. Tal conclusão evidencia que o artigo 385 do RIR não pode ser analisado sob o enfoque contábil.

Assim sendo, fica claro que, também sob o ponto de vista da doutrina contábil, não assiste razão à Fiscalização, já que, ao pretender enquadrar o ágio como decorrente do

fundo de comércio, estaria admitindo também que o ágio decorre de expectativa de rentabilidade futura, que são expressões sinônimas para o direito contábil.

Especificamente quanto à CSLL, alegou inexistir previsão legal para adição à base de cálculo das despesas com amortização de ágio, consideradas indedutíveis pela autoridade lançadora.

Contestou, por outro lado, a glosa de prejuízo fiscal e da base de cálculo negativa, tendo em vista a regularidade da exclusão das quotas de amortização de ágio, pelos fundamentos já expostos.

No que concerne à penalidade, sustentou ser descabida a exigência de multa isolada depois de encerrado o ano base. Suscitou ainda a impossibilidade de cumulação de multa isolada com multa vinculada (ou de ofício). Por fim, afirmou ser ilegal a exigência de juros de mora sobre a multa.

Com esses fundamentos, pugnou pela improcedência dos autos de infração.

A partir da análise desses fundamentos, entendeu a 2ª Turma da DRJ/CGE improcedência da impugnação, mantendo, assim, em sua totalidade, o lançamento efetivado, em acórdão que, inclusive, assim restou ementado:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Exercício: 2008, 2009, 2010

ÁGIO NA AQUISIÇÃO DE INVESTIMENTO. FUNDAMENTO ECONÔMICO. FUNDO DE COMÉRCIO.

Provado nos autos que o fundamento econômico do ágio na aquisição do investimento em controlada não foi a rentabilidade futura, torna-se incabível a dedução da despesa de amortização desse ágio.

ESTIMATIVA MENSAL. ANTECIPAÇÃO. COBRANÇA DEPOIS DE ENCERRADO O ANO-BASE. IMPOSSIBILIDADE. MULTA ISOLADA.

Os valores apurados por estimativa mensal, tendo caráter de antecipação do devido no ano-base, não podem ser exigidos depois de findo o respectivo período anual, cabendo na hipótese de falta ou de insuficiência de pagamento a imposição de multa isolada.

MULTA ISOLADA. MULTA VINCULADA AO TRIBUTO. CUMULAÇÃO. VALIDADE.

É válida a cumulação da multa isolada com a multa vinculada ao tributo, porquanto cada uma delas corresponde a uma infração distinta e autônoma.

JUROS DE MORA. INCIDÊNCIA SOBRE A MULTA. FATO NÃO OCORRIDO. CONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE.

A cobrança de juros de mora sobre a multa de ofício só é passível de impugnação a partir do momento em que o fato se materializar, sendo desfeito ao órgão julgador conhecer da impugnação para apreciar a matéria preventivamente.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL

Ano-calendário: 2008, 2009, 2010

CSLL BASE DE CÁLCULO. GLOSA DE ÁGIO. CABIMENTO.

É cabível, em relação à CSLL, a glosa das despesas de amortização de ágio, tendo em vista a aplicabilidade à CSLL das mesmas normas de apuração e de pagamento estabelecidas para o IRPJ, mantidas a base de cálculo e as alíquotas previstas na legislação em vigor.

CSLL E IRPJ. LANÇAMENTO. IDENTIDADE DE MATÉRIA FÁTICA. DECISÃO MESMOS FUNDAMENTOS.

Aplicam-se ao lançamento da CSLL as mesmas razões de decidir aplicáveis ao IRPJ, quando ambos recaírem sobre a situação fática.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Regularmente intimada, pela contribuinte foi então interposto o seu Recurso Voluntário, sustentando, em suas razões, o seguinte:

- Após descrever as circunstâncias das operações societárias apresentadas, a recorrente destaca as alterações societárias promovidas na estrutura do BANCO CITIBANK, especificamente na transformação das empresas OCFSPE Empreendimentos e Participações Ltda. em CITIFUNDOS Asset Management Ltda. ("Citifundos") e a empresa LMRSPÉ Empreendimentos e Participações Ltda., transformada em CITIPORTFÓLIO Asset Management Ltda. ("Citiportfólio").
- Na mesma toada, destacou que, após a aquisição, no Brasil, de duas empresas pelo Grupo LEGG MASON INC., estas foram de VHRSPÉ Empreendimentos e Participações Ltda para Legg Mason Participações Ltda. ("Legg Mason") e PDRSPÉ Empreendimentos e Participações Ltda. para Western Asset e Participações Ltda ("Western Asset").
- A partir dessas adequações societárias, a empresa "Legg Mason" adquiriu a "Citifundos" enquanto que a "Western Asset" adquiriu a "Citiportifólio", passando, esta última, a se chamar "Western Asset Adm".
- A Citifundos incorporou a "Western Asset Adm", passando, então, a ser chamada de "Western Asset Management Co.", restando, pois, somente ela vinculada à Legg Mason Inc., no exterior.
- A partir daí a Legg Mason Inc. transferiu a sua participação na Western Asset Co. para a Western Asset Management (Brasil) Holding Ltda., passando ela (a Legg Mason Inc) a deter 99% da Western Brasil, que, por sua vez, passou a deter 99% da Western Asset Co., que, por fim, alterou sua denominação para Western Asset Management DTVM, a atual recorrente.
- Com essas operações foram registrados ágios fundados em expectativa de rentabilidade futura (conforme laudos objetivamente apresentados) no valor de R\$ 154.816.956,57 (Pago pela Leg Mason) e R\$ 39.629.638,13 (pago pela Western Asset).
- A fiscalização, entretanto, a partir da análise dos elementos apresentados, entendeu, equivocadamente, que o fundamento do ágio registrado não seria a "expectativa de rentabilidade futura", mas sim, especificamente, o "fundo de comércio", sendo essa, **então, a específica discussão mantida nos presentes autos.**

- Nada obstante, sustentando a impossibilidade de admissão da glosa fiscal, sustenta a recorrente a inadmissibilidade da lavratura do Auto de Infração, tendo em vista que as operações efetivadas ter-se-iam materializado em 01/12/2005, tendo, portanto, sido acobertadas pela **decadência**, sobretudo porque a ciência do Auto de Infração somente aconteceu em 10/12/2013, fundamentando seu entendimento em pronunciamentos anteriores do então Conselho de Contribuintes.

- Acaso ultrapassada a questão da preliminar de decadência suscitada, destaca a recorrente a impossibilidade de manutenção do lançamento, passando, assim, a enfrentar a questão de mérito, sustentando a regularidade do registro do ágio fundado na expectativa de rentabilidade futura, tendo em vista o rigoroso atendimento de todos os requisitos legais.

- Que não cabe ao fisco (mas sim à contribuinte) estabelecer o fundamento que presume suportar o preço pago em determinada aquisição, especialmente quando o contribuinte preenche todos os requisitos legais para a comprovação de tal fundamento..

- Que a definição específica de qual é o fundamento do ágio pago, nas expressas disposições da legislação de regência, era matéria propriamente relacionada ao negócio empreendido entre as partes, não se podendo determinar a submissão das escolhas privadas ao entendimento fazendário, da forma como aqui pretendido, simplesmente desconsiderando todos os elementos objetivamente observados.

- Aponta que todos os requisitos estabelecidos na específica legislação de regência para a possibilidade de amortização do ágio gerado foram fielmente cumpridos pela contribuinte, não podendo assim ser desconsiderado, da forma como aqui apresentado.

- A fiscalização alega que a motivação determinante da operação não seria a expectativa de rentabilidade futura, mas sim a aquisição de fundo de comércio, sem que, para tanto, apresentasse qualquer prova objetivamente produzida nesse sentido, não passando de mera alegação lançada no TVF.

- Os laudos elaborados por empresas de avaliação especializada, devidamente arquivadas pela contribuinte, nunca foram, em momento algum, questionados pelo Sr. Agente Fiscal.

- O fato é que nem a fiscalização nem a Turma Julgadora de primeira instância desconstituíram a prova apresentada pela contribuinte (laudo de avaliação, que possui presunção de veracidade) para fundamentar a glosa da despesa realizada, o que seria imprescindível para a validade e lisura dos lançamentos efetivados e agora combatidos.

- Que o fisco tem o dever de "comprovar" por meio de provas contundentes o ilícito que fundamenta o lançamento tributário, o que efetivamente não se verifica nos autos.

- Diante disso, entende como incontestável a regularidade da amortização do ágio feita pela recorrente, uma vez que i) foram cumpridos todos os requisitos legais para a dedutibilidade da despesa com amortização de ágio, cujo fundamento econômico (expectativa de rentabilidade futura) está respaldado em laudo de avaliação elaborado por empresa de auditoria independente e ii) a fiscalização não desconstituiu tal prova, mas apenas afirmou, de forma genérica e abstrata, que o ágio estaria vinculado a um

fundo de comércio, razões pelas quais se conclui que a pretensão consubstanciada nos lançamentos não poderá ser aceita, devendo ser desconstituída por este Conselho.

- Que, na análise do caso, faz-se necessário o estabelecimento de distinção entre os conceitos de "fundo de comércio" e de "sociedade empresária", o que, ao que tudo indica, foi simplesmente desconsiderado tanto pelos agentes da fiscalização quanto pelos julgadores da DRJ de origem.

- Após suas análises, conclui que o fundo de comércio faz parte de um todo, que pe a sociedade empresária.

- De acordo com as informações contidas nos autos, o ágio registrado (e aqui discutido), inequivocamente, surgiu de uma operação de aquisição das sociedades empresárias Citifundos (recorrente) e Citiportfólio, pelo que os valores dessas aquisições dizem respeito às sociedades como um todo, e não somente aos respectivos fundos de comércio, como aqui equivocadamente apontado pelos agentes da fiscalização.

- Em resumo, o que se tem de fato comprovado, e não questionado, é a existência de operações de aquisição de duas sociedades empresárias por uma valor superior ao registrado em seus respectivos patrimônios líquidos, com o consequente registro de ágio pelas adquirentes.

- Após todas essas considerações, a recorrente passa a uma análise objetiva a respeito das hipóteses dos fundamentos do ágio pago, a partir da interpretação das disposições do Art. 385 do RIR/99, apresentando, inclusive, fundados estudos a respeito da matéria.

- Em seguida, destaca que não há (não havia, à época dos fatos) qualquer imposição legal para que se adote um ou outro fundamento para o ágio registrado. O que se determina, ao revés, que se tenha a documentação que comprove o fundamento adotado, de acordo com o motivo determinante que levou o comprador a pagar o ágio, o que foi feito, repita-se, no caso concreto, por meio dos laudos de avaliação elaborados por empresas de auditoria independente.

- Ademais, acaso não se admitam as razões apresentadas, destaca ainda a recorrente a inexistência de previsão legal para a adição, na Base de Cálculo da CSLL, da despesa com amortização de ágio considerada indedutível pela fiscalização, citando, a esse respeito, inclusive, precedentes do CARF.

- Além disso, sustenta ainda a invalidade da cobrança da multa isolada em razão da falta de recolhimento de IRPJ e CSLL por estimativa, em razão de já se ter encerrado os respectivos anos-calendário quando da lavratura do auto de infração, invocando, a esse respeito, inclusive, as disposições da Súmula CARF n. 82.

- Requer ainda, em remota hipótese de manutenção do lançamento, que seja reconhecida a invalidade da cumulação da multa isolada pelo não recolhimento de estimativas com a multa de ofício lançada, bem como, ainda a invalidade da incidência de juros de mora sobre a multa de ofício.

Em face do recurso interposto, foram então os autos encaminhados à douta PGFN que, por sua vez, apresentou suas Contra-razões, destacando o seguinte:

- Que inexistente a alegada "decadência" para fiscalizar os atos societários que deram origem ao ágio, especificamente porque, no caso, a contagem a ser promovida não é da data das operações societárias, mas sim de cada uma das amortizações promovidas, o que, inclusive, é hoje completamente pacífico na jurisprudência deste CARF.
- Que somente quando o contribuinte deduz o ágio na apuração dos seus tributos, o Fisco tem algo a homologar (no presente caso, o lucro real apurado pelo sujeito passivo nos anos de 2008 a 2010). Antes disso, o Estado não tem qualquer fato tributário que envolva o ágio pago pela empresa.
- Que a principal controvérsia dos presentes autos abrange o fundamento econômico do ágio registrado pelas empresas do grupo LEGG MASON em face do contrato que foi celebrado com o grupo CITIBANK.
- Que compulsando os elementos constantes dos autos, mormente os documentos trazidos pelo próprio contribuinte, vê-se claramente que, ao contrário do que defende o autuado, o objeto do denominado "contrato de operações" não era formado por uma, duas ou qualquer empresa do grupo CITIBANK, mas sim por uma atividade que era desenvolvida por esse grupo.
- Que pelos documentos e informações fornecidas pelo próprio contribuinte, não era interesse do grupo LEGG MASON adquirir as empresas CITIBANK CTVM e o BANCO CITIBANK, mas apenas tal atividade de gestão de ativos.
- Que da leitura dos referidos laudos, vê-se de forma clara que eles não apuraram o valor das empresas CITIFUNDOS e CITIPORTFÓLIO, mas sim o valor do negócio de gestão de ativos que antes pertencia ao grupo CITIBANK.
- Os laudos, ao descreverem as "empresas" a serem avaliadas, destacam expressamente que o objeto de análise não seria as empresas CITIFUNDOS e CITIPORTFÓLIO, mas sim o negócio denominado CAM. Os laudos ressaltam que, ao contrário das empresas supostamente avaliadas, o CAM possui histórico, receitas, despesas, ativos e passivos, cujo estudo permite a apuração de resultados futuros.
- Que da forma como os laudos foram elaborados, vê-se que eles não avaliaram qualquer empresa, mas sim que ao descreverem as sociedades que iriam analisar, destacaram que estavam avaliando apenas uma atividade, a qual tivera sido recentemente dividida e transferida a essas empresas.
- Assim, em que pese os esforços da recorrente, o ágio amortizado pelo contribuinte não fora pago com base na rentabilidade das empresas CITIFUNDOS e CITIPORTFÓLIO, mas sim no valor de mercado do fundo de comércio transferido, o qual foi apurado com base na sua rentabilidade futura. E, portanto, tendo sido pago com base no valor do fundo de comércio, tal "mais valia" não é dedutível nos termos da Lei nº 9.532/1997.
- O fundamento econômico de um ágio não pode ser escolhido pelo contribuinte, mas sim decorre da realidade dos fatos.
- Destaca que caso os laudos trazidos pelo contribuinte efetivamente tivessem demonstrado a rentabilidade futura das empresas CITIFUNDOS e CITIPORTFÓLIO, não haveria o que discutir. Contudo, como tais documentos atestam a rentabilidade

futura de um fundo de comércio, não há como aceitar que o ágio pago se enquadra no inciso II do parágrafo 2º do artigo 385 do RIR/99.

- Diante dessas considerações, destaca que a acusação fiscal se baseara no específico laudo em que se sustenta a contribuinte, sendo a conclusão atingida a partir de suas próprias disposições, não se havendo porque, então, exigir da fiscalização a produção de um outro "laudo" que afirmasse o contrário do que consta naquele laudo analisado.

- Em relação à tese subsidiária da contribuinte - caso mantida a autuação -, a respeito da impossibilidade de dedução da despesa com a amortização do ágio na base de cálculo da CSLL, destaca a PGFN que, no caso da apuração da base de cálculo da CSLL, como não há norma expressa que autoriza a dedução da despesa com amortização de ágio, não há que se falar nessa renúncia fiscal.

- Destarte, ao contrário do que defende o recorrente, uma vez não sendo expressa a autorização para a dedução da base de cálculo da CSLL das despesas com a amortização de um ágio, essas despesas não são dedutíveis, mesmo se o ágio for considerado válido e dedutível para fins do IRPJ. A regra é as despesas não serem dedutíveis, a exceção é o oposto.

- Além dessas considerações, defende ainda a aplicação da multa isolada após o encerramento do período-base e de forma concomitante com a multa de ofício, bem como também a regularidade de sua exigência concomitante e a regularidade da incidência dos juros de mora sobre a multa de ofício aplicada, esta à base da taxa SELIC.

- Em face de tudo isso, requer a PGFN seja negado provimento *in totum* ao recurso voluntário interposto pelo contribuinte, mantendo-se incólume o lançamento fiscal questionado.

Esse é o relatório.

Voto

Conselheiro CARLOS AUGUSTO DE ANDRADE JENIER

Sendo tempestivo o recurso voluntário interposto, dele conheço.

Analisando os termos e circunstâncias próprias contidas nos presentes autos, antes mesmo de efetivamente analisar quaisquer termos do Recurso Voluntário interposto, relevante observar que trata o presente feito de **lançamento decorrente** de outro feito, verificando-se a sua integral prejudicialidade em face da apreciação dos termos dos autos do PAF n. 16327.000992/2010-11.

O referido feito, conforme identificado e apontado na presente sessão de julgamento, encontra-se, atualmente, sujeito à análise de recurso voluntário pela douta 2ª Turma Ordinária da 4ª Câmara desta Primeira Seção, sendo certo que, enquanto não definitivamente julgado, a decisão proferida por aquela Turma aqui não pode ainda ser aproveitada, sendo, no presente momento, prudente que a análise do presente feito seja então sobrestada, até que aquele julgado se apresente definitivo.

Em face dessas considerações, entenderam os componentes desta douta Turma Julgadora pela necessidade de devolução do presente feito aos respectivo órgão preparador, determinando que os autos sejam lá mantidos até que a decisão proferida nos autos do processo 16327.000992/2010-11 seja definitiva, quando, então, deverá ela ser devidamente reproduzida nestes autos, restituindo para a respectiva apreciação e julgamento.

Nesses termos, acolhendo o apontamento apresentado, encaminho o meu voto no sentido de CONVERTER O PRESENTE JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA para que os presentes autos retornem à unidade local para que aguarde a decisão final no processo nº 16327.000992/2010-11, nos termos aqui especificamente apontados.

É como voto.

(Assinado digitalmente)

CARLOS AUGUSTO DE ANDRADE JENIER - Relator