



**MINISTÉRIO DA FAZENDA**  
**Conselho Administrativo de Recursos Fiscais**



<b>PROCESSO</b>	<b>16561.720106/2018-45</b>
<b>ACÓRDÃO</b>	1102-001.369 – 1ª SEÇÃO/1ª CÂMARA/2ª TURMA ORDINÁRIA
<b>SESSÃO DE</b>	12 DE MAIO DE 2024
<b>RECURSO</b>	DE OFÍCIO E VOLUNTÁRIO
<b>RECORRENTE</b>	INTERCEMENT BRASIL S.A. E FAZENDA NACIONAL
<b>RECORRIDA</b>	FAZENDA NACIONAL E INTERCEMENT BRASIL S.A.

**Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ**

Ano-calendário: 2013, 2014

ÁGIO. AMORTIZAÇÃO FISCAL. DEMONSTRAÇÃO DO FUNDAMENTO ECONÔMICO.

Procedente a glosa da amortização do ágio quando não há demonstração do fundamento econômico do ágio efetivamente pago pela investidora, na aquisição de investimentos no Brasil.

ÁGIO. TRANSFERÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. REAL INVESTIDORA.

O ágio, supostamente incorrido na aquisição de participação societária de pessoa jurídica domiciliada no exterior, não pode ser transferido por meio de aumento de capital e quitação de dívida, seja porque não foi quem efetivamente suportou o pagamento de ágio, seja por absoluta ausência de previsão legal.

MULTA DE OFÍCIO. QUALIFICAÇÃO. IMPROCEDÊNCIA.

Inexistindo nos autos elementos de convicção que possam servir de suporte para a exasperação da multa aplicada, há que se reduzir o percentual correspondente.

MULTA ISOLADA. FALTA/INSUFICIÊNCIA DO RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVAS MENSAIS.

Constatada a falta/insuficiência do recolhimento das estimativas devidas, fica a pessoa jurídica sujeita à multa de ofício isolada sobre os valores inadimplidos.

MULTA ISOLADA. INCIDÊNCIA.

O artigo 44, da Lei nº 9.430, de 1996, prevê as infrações por falta de recolhimento de antecipação e de pagamento do tributo ou contribuição (definitivos). Não significa duplicidade de tipificação de uma mesma infração

ou penalidade. Ao tipificar essas infrações o artigo 44 da Lei nº.9.430, de 1996, demonstra estar tratando de obrigações, infrações e penalidades tributárias distintas, que não se confundem e não se excluem.

## ACÓRDÃO

Acordam os membros do colegiado: (I) por unanimidade de votos, (I.1) em negar provimento ao recurso de ofício, (I.2) em afastar as preliminares de nulidade suscitadas pelo contribuinte e (I.3) em negar provimento ao recurso voluntário no que se refere ao IRPJ exigido em razão da glosa do ágio Cimpor; e (II), por voto de qualidade, em negar provimento ao recurso voluntário, no que se refere (II.1) à glosa do ágio Loma Negra, (II.2) à concomitância da multa isolada com a multa de ofício, e (II.3) à subsunção dos fatos à CSLL - vencidos os conselheiros Fredy José Gomes de Albuquerque e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira, que davam provimento ao recurso voluntário nessas matérias. Julgamento realizado na vigência da Lei nº 14.689/2023, a qual deverá ser observada quando do cumprimento da decisão.

*Assinado Digitalmente*

Lizandro Rodrigues de Sousa – Relator

*Assinado Digitalmente*

Fernando Beltcher da Silva – Presidente

Participaram da sessão de julgamento os julgadores Lizandro Rodrigues de Sousa, Fredy José Gomes de Albuquerque, Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira (suplente convocado(a)) e Fernando Beltcher da Silva (Presidente). Ausente(s) o conselheiro(a) Andre Severo Chaves, substituído(a) pelo(a) conselheiro(a) Rycardo Henrique Magalhaes de Oliveira.

## RELATÓRIO

Trata-se de recurso de ofício e recurso voluntário contra acórdão da DRJ que julgou procedente em parte impugnação face lançamento de Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ) e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), referentes aos anos-calendário de 2013 e 2014. Por bem resumir o litígio peço vênha para reproduzir o relatório da decisão recorrida (e-fls. 4239 e ss):

Expõe o **Termo de Verificação Fiscal** que o procedimento relativo ao sujeito passivo InterCement Brasil S/A (denominação atual da Camargo Correa Cimentos S/A - CCC) abrangiu verificações quanto ao Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ) e Contribuição

Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), referentes aos anos-calendário de 2013 e 2014, no valor de:

Tributo	Imposto / Contribuição	Juros de mora	Multa proporcional	Multa Isolada	Valor do Crédito Tributário
IRPJ	61.483.696,69	31.193.724,55	92.225.545,03	30.147.774,10	215.050.740,37
CSLL	22.134.130,80	11.229.740,83	33.201.196,19	10.853.199,00	77.418.266,82

Foram considerados Responsáveis Solidários por excesso de poderes, infração de lei, Contrato Social ou Estatuto, André Pires Oliveira Dias, Albrecht Curt Reuter Domenech, Cláudio Borin Guedes Palaia, Cleber Acurcio Machado, José Edison Barros Franco, Luis Roberto Ortiz Nascimento e Vitor Sarquis Hallack.

**As infrações cometidas, de acordo com o TVF, foram:**

- a) amortização indevida de ágio;
- b) falta de recolhimento de IRPJ e CSLL sobre base de cálculo estimada.

Conforme o exposto no TVF, a Intercement deduziu indevidamente, da base de cálculo do IRPJ e CSLL, valores a título de amortização de ágio decorrentes de aquisição de participação societária nas seguintes empresas:

**CIMPOR CIMENTOS DO BRASIL LTDA. - CCB**

A InterCement Brasil S/A incorporou a empresa CCB - Cimpor Cimentos do Brasil Ltda. - CNPJ 10.919.934/0001-85 durante o ano-calendário de 2013, na data de 28/02/2013.

Durante os anos-calendário de 2006 a 2012 a CCB amortizou valores de ágio referentes às empresas Companhia de Cimento Atol - ATOL e Cia. Paraíba de Cimento Portland - CIMEPAR. Informa que a CCB, e o próprio Fiscalizado inclusive, na condição de sucessor, já foram autuados pela amortização indevida desses valores no passado.

A CCB, a ATOL e a CIMEPAR faziam parte do Grupo Cimpor - Cimentos de Portugal. Reproduz histórico do Grupo Cimpor inserido no Estudo de Caso do Instituto Politécnico de Leiria (POR), intitulado "CIMPOR - Cimentos de Portugal - Crescer no Mundo Através de Aquisições ... até Quando?" (Doc. 80).

Expõe que:

- Em 1997 a CIMPOR (de Portugal) adquire a CISAIRA - Cimentos São Francisco, que se tornaria em 2006 a CCB.

- Em 1999, ocorre a aquisição das empresas ATOL e CIMEPAR junto ao Grupo Brennand, pela empresa **Corporacion Noroeste S.A., sediada na Espanha**. É nesta negociação que surge o ágio entre partes independentes, no valor de R\$ 468.903.358,32, referente à aquisição da ATOL, e R\$ 56.092.580,33, referente à aquisição da CIMEPAR. Esse ágio foi levado pela **Corporacion Noroeste**, para a Espanha.

- Em 2002 foi criada a **Cimpor Inversiones S.L., sediada na Espanha**, com o intuito de administrar as participações societárias do grupo fora de Portugal, e com isso ela passa a ser a detentora das participações societárias na ATOL e na CIMEPAR.

- Em maio de 2004, é criada a empresa brasileira **Sociedade de Cimentos Luso-Brasileira Participações Ltda. - LUSO**. Essa empresa teve o seu capital integralizado mediante conferência de bens com as ações das empresas **ATOL e CIMEPAR** e, simultaneamente, recebe os valores dos ágios pagos pelas duas empresas.

- Em julho de 2004, a **LUSO** sofre cisão total e as parcelas cindidas foram vertidas para a **ATOL** e para a **CIMEPAR**. Ato contínuo, as duas empresas passaram a amortizar os valores de ágio delas próprias.

Em abril de 2006, as duas empresas são incorporadas pela CCB, que passou a amortizar - as mesmas quantias.

**Assim, em uma mesma situação analisada, encontram-se várias práticas comuns aos planejamentos tributários abusivos:**

- A compra de empresas brasileiras, ATOL e CIMEPAR, por uma empresa estrangeira **Noroeste (sediada na Espanha)**;
- A inexistência de **laudo** que comprovasse a expectativa de rentabilidade futura, única hipótese para que se pudesse amortizar os valores de ágio pagos;
- A criação, cinco anos depois, de uma **empresa veículo**: a LUSO que existiu por dois meses (será que nesse intervalo, esses ágios foram amortizados em outro país?);
- A **internalização do ágio** pago pela empresa estrangeira, a **Inversiones (sucessora da Noroeste, também sediada na Espanha)** via integralização de capital na empresa veículo **LUSO** mediante conferência de bens com as ações das empresas brasileiras ATOL e
- A "**reorganização societária**", caracterizada sempre por ações adotadas que permitam a amortização do ágio pago, sem outro propósito negocial além desse, que extingue a LUSO, permitindo que a **ATOL e a CIMEPAR pudessem amortizar os próprios ágios**.

Reproduz trechos do relatório da administração do Grupo Cimpor em Portugal para o ano de **2004**. Destaca que na página 4 dos "acontecimentos mais relevantes de 2004", é feita a análise dos fatos relevantes das empresas no Brasil. Entre os quatro fatos citados não se faz nenhuma menção à reorganização societária envolvendo as empresas **LUSO, ATOL e CIMEPAR**;

Expõe que na página 54, consta o verdadeiro motivo da constituição e extinção da **Luso** (repetido na página 70):

*"...Os Resultados Financeiros apresentaram uma melhoria substancial ... Esta melhoria, no entanto, foi em grande parte anulada pela evolução negativa dos Resultados Extraordinários em perto de 18 milhões de euros, pelo que o facto de os Resultados Líquidos atribuíveis ao Grupo terem atingido um nível praticamente idêntico ao registrado em 2003, ... deve-se, sobretudo, à diminuição dos Impostos sobre o Rendimento. A poupança correspondente ...*

*é essencialmente explicada pelas descidas das taxas de imposto ocorridas em Portugal e no Egito e por alguma optimização fiscal conseguida no Brasil."*  
<http://www.cimpor.pt/cache/binImagens/XPQXh7AXX3188Qh4csTgfPZKU.pdf>

### QUANTO À AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO

Examina os diplomas legais que dispõem acerca de tal tipo de amortização, bem como analisa se os fatos em comento se subsumem as normas por ela definidas. Conclui que a CCB não preencheu as condições impostas pelo legislador para deduzir os encargos de amortização do ágio em comento, para efeito de apuração das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL.

Considera incontestável, portanto, que o previsto no art. 385 do RIR/99 não é aplicável à **Inversiones**, porquanto esta constitui **sociedade domiciliada no exterior**, que como tal não se enquadra no conceito de contribuinte, na acepção técnica empregada no caput do aludido dispositivo (salienta que tal sociedade tampouco se enquadra no art. 147, inciso II, do RIR/99). A contabilização deste ágio na sociedade adquirente deve se pautar nas regras do país de seu domicílio (Espanha), cuja legislação eventualmente pode, em tese, também conceder benefícios fiscais em decorrência do pagamento acima do valor patrimonial de ações. Trata-se de contabilização em sociedade estrangeira, em relação a qual a legislação brasileira não pode ser impingida.

A dedutibilidade dos encargos de amortização estaria condicionada ao estrito cumprimento das condições impostas pelos referidos dispositivos. Caso estas sejam descumpridas, é inarredável concluir pela indedutibilidade de eventuais encargos de amortização contabilizados.

O exame da legislação tributária correlata ao tema denota que a dedutibilidade dos encargos de amortização de ágio para fim de apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL cinge-se ao sobrepreço pago que esteja assentado em expectativas de rentabilidade futura. Quaisquer outros fundamentos econômicos que eventualmente tenham alicerçado o ágio pago não autorizam sua amortização para efeito da apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL.

Outrossim, as condições de dedutibilidade de encargos de amortização de ágio previstas no Artigo 386 do RIR/99 têm como pressuposto uma anterior contabilização do custo de aquisição do investimento, nos termos do Artigo 385 também do RIR/99.

O previsto no Artigo 385 do RIR/99 **também não é aplicável** à Cimpor Cimentos do Brasil Ltda. — **CCB**, pois nem ela, e nem as empresas que ela incorporou, **ATOL e CIMEPAR**, atendem aos comandos legais. A única empresa que se enquadraria nessa situação, caso fosse brasileira, seria a **Corporacion Noroeste S.A.**

Depois de cotejar as considerações transcritas acima com a descrição dos fatos narrados até aqui, fica clara, desde o princípio, a intenção do **Grupo Cimpor de Portugal**, de **internalizar o ágio** pago na aquisição das empresas **ATOL e CIMEPAR**. Para tanto, se valeu da criação da empresa **LUSO (empresa veículo)**, capitalizada mediante conferência de bens com as ações das empresas ATOL e CIMEPAR com os valores dos ágios pagos por cada uma delas.

Dois meses depois de sua criação, a empresa **LUSO** sofreu cisão total e os valores de ágio são repassados para a **ATOL e a CIMEPAR** que assim, passam a amortizar o ágio gerado na sua própria aquisição. A empresa LUSO além de existir por pouquíssimo tempo, não marcou presença no mundo dos negócios, não teve atividade alguma e tampouco gerou resultados. Em suma, era uma empresa sem substância econômica.

Em abril de 2006 ambas são incorporadas pela empresa **CCB**, que continuou com a amortização indevida dos ágios gerados até a sua própria incorporação pelo Fiscalizado. E este, por fim, manteve essa amortização indevida durante os anos-calendário de 2013 e 2014.

Assim, o Fiscalizado, em que pese o tempo decorrido e as várias operações engendradas, foi autuado pois poderia ter interrompido a amortização dos valores de ágio em questão quando da incorporação da empresa **CCB** e não o fez. Entende que a conduta adotada pelo **Grupo Cimpor**, e mantida pela **InterCement Brasil S/A** se enquadra no disposto no Artigo 72, da Lei nº 4.502/64 e justifica a duplicação da multa de ofício nos termos do § 1º, do Artigo 44 da Lei nº 9.430/96.

#### **LOMA NEGRA C.I.A. S.A.**

No primeiro semestre de 2005, a Camargo Corrêa S.A. (CCSA) manteve negociações com um grupo de Vendedores, constituído por pessoas físicas e jurídicas, com o propósito de aquisição do controle da empresa Loma Negra C.I.A. S.A., localizada na Argentina, detido pelas Sras. Maria Amália Sara Lacroze de Fortabat e Maria Inés de Lafuente, Fundação Amália Lacroze de Fortabat, Cocyf Compania Comercial y Financiera S.A (Cocyf) e pela empresa Holdtotal S.A..

Em 27 de maio de 2005 foram constituídas as holdings Gabyl, Gaby2 e Gaby3 localizadas no Estado de Delaware (EUA) para operacionalizar as negociações e facilitar a transferência dos controles direto da empresa Holdtotal e indireto da empresa Loma Negra, cuja atividade principal consiste na fabricação e comercialização de cimento, para a empresa CCSA.

Em 30 de junho de 2005, ocorreram os seguintes fatos:

I - foi celebrado o contrato de Compra e Venda de Ações ("Stock Purchase Agreement") entre Maria Amália Sara Lacroze de Fortabat e Maria Inés de Lafuente, na qualidade de Vendedoras e a empresa CCSA, na qualidade de Compradora. Esse

contrato estabelecia: para os fins das operações previstas neste Contrato, foram constituídas 03 empresas LLC em Delaware, EUA (Gaby1, Gaby2 e Gaby3);

a) a doação de todos os "Direitos de Ações Objeto" das vendedoras pessoas físicas para as empresas LLC (Gaby1 e Gaby2);

b) a compra de todo o direito, titularidade e participação das vendedoras pessoas físicas em relação às ações das LLC (a "Operação com Direitos de Ação Objeto") pela compradora;

II - as Vendedoras transferiram as ações das empresas Gaby1, Gaby2 e Gaby3 para o Truste, The Bank of New York;

III - a Compradora efetuou o pagamento do preço ajustado para o Truste.

No contexto das negociações de compra e venda das ações das empresas Gaby1, Gaby2 e Gaby3, considerando o valor envolvido, as garantias prestadas e a necessidade de aprovação da operação pelo órgão "Comision de Defensa de la Competencia da Argentina" (CNDC), os contratantes nomearam um Agente Fiduciário ("The Bank of New York"), que ficou incumbido pelo cumprimento das obrigações estipuladas no Contrato de Truste, que se constituíram na transferência das ações das empresas Gaby1, Gaby2 e Gaby3 para a empresa CCSA e do pagamento do preço combinado para as Vendedoras.

Em 09 de novembro de 2005, foi aprovada a transação pelo órgão "Comision de Defensa de la Competencia da Argentina" (CNDC), operando-se o evento condicional a que a transação estava sujeita. Assim o Agente Fiduciário (Truste) transferiu as ações das Empresas Gaby1, Gaby2 e Gaby3 para a titularidade da Compradora CCSA e transferiu o valor pago para as Vendedoras.

Em consequência, a empresa CCSA passou a controlar diretamente 100% das ações das empresas Gaby1, Gaby2 e Gaby3 e indiretamente 100% das ações da Holdtotal S.A. e 93,43% das ações da Loma Negra C.I.A.S.A. e pagou para as Vendedoras o montante de US\$ 775.818.303,00.

Em 30 de novembro de 2005, a empresa CCSA **transferiu** a titularidade da totalidade das suas ações nas empresas Gaby1, Gaby2 e Gaby3 **para a sua controlada CCC**, que atua no mesmo ramo da empresa adquirida indiretamente na Argentina (**Loma Negra C.I.A.S.A.**). Essa **transferência** ocorreu devido à aprovação de um aumento de capital no valor de R\$ 1.266.866.528,37, na empresa CCC, aprovado pela Ata da Assembleia Geral Extraordinária da CCSA, realizada nessa data e pelo pagamento de uma dívida de aproximadamente R\$ 440.720.980,00 que a empresa CCSA tinha com a empresa CAUÊ INVESTMENTS LIMITED, controlada da empresa CCC, que havia sido extinta. Assim, chegou-se a um valor de R\$ 1.707.587.508,37.

Os balanços patrimoniais das empresas Gaby1, Gaby2, Gaby3 eram compostos apenas das contas de Participações em Investimentos contra Patrimônio Líquido, tanto na data de

30/06/2005, como em 30/11/2005, correspondendo aos valores de R\$ 102.555.576,00, R\$ 29.322.320,00 e R\$ 4.079.393,00, respectivamente, totalizando um valor de R\$ 135.957.289,00.

Portanto, foi a empresa CCSA que comprou as empresas Gaby1, Gaby2 e Gaby3 com um ágio de R\$ 1.571.630.219,37 e **transferiu a titularidade das empresas citadas**, acompanhado do ágio pago, para sua controlada **CCC**.

Em 01 de dezembro de 2005, a empresa CCC incorporou as empresas Gaby1, Gaby2, Gaby3, conforme Ata da Assembleia Geral Extraordinária, realizada nessa data, iniciando a amortização do ágio nesse mesmo mês a razão de 01/96 avos, totalizando R\$ 16.371.148,13 por mês e R\$ 196.453.777,56 por ano.

Em 07 de dezembro de 2005, foi providenciado o encerramento/cancelamento das empresas Gaby1, Gaby2 e Gaby3, no Estado de Delaware, nos EUA, tendo em vista que foram extintas pelas incorporações realizadas no Brasil, em 01/12/2005.

#### QUANTO À AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO

Levando-se em consideração os fatos anteriormente narrados e relacionados às operações societárias empreendidas, as quais culminaram com a incorporação das empresas Gaby1, Gaby2 e Gaby3 pela CCC, lembrando que o Termo de Verificação visou apenas e tão-somente a verificação das obrigações tributárias originadas na empresa CCC, há que se concluir pela ilicitude da diminuição do lucro real e da base de cálculo da CSLL desta, por meio da amortização dos encargos de ágio, como será demonstrado a seguir.

Preliminarmente, é preciso examinar minuciosamente os diplomas legais que dispõem acerca de tal tipo de amortização, bem como analisar se os fatos em comento se subsumem as normas por ela definidas. A análise dos fatos a seguir conduz inexoravelmente à conclusão de que a **Camargo Correa Cimentos - CCC (atual InterCement)** não preencheu as condições impostas pelo legislador para deduzir os encargos de amortização do ágio em comento, para efeito de apuração das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL. Para tanto, destaca os dispositivos legais que guardam relação com a situação examinada.

A dedutibilidade dos encargos de amortização, portanto, está condicionada ao estrito cumprimento das condições impostas pelos referidos dispositivos. Caso estas sejam descumpridas, é inarredável concluir pela indedutibilidade de eventuais encargos de amortização contabilizados.

Conquanto os documentos apresentados mencionem que o ágio pago pela **Camargo Corrêa S.A. - CCSA**, teve como fundamento econômico o valor de rentabilidade da empresa **Loma Negra C.I.A.S.A.**, com base em previsão de resultados em exercícios futuros, há que se tecer algumas observações sobre este assunto, levando-se em conta as particulares do negócio.

O exame da legislação tributária correlata ao tema aqui enfrentado denota que a dedutibilidade dos encargos de amortização de ágio para fim de apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL cinge-se ao sobrepreço pago que esteja assentado em expectativas de rentabilidade futura. Quaisquer outros fundamentos econômicos que eventualmente tenham alicerçado o ágio pago não autorizam sua amortização para efeito da apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL.

Outrossim, é inverossímil que o ágio efetivamente pago pela empresa CCSA tivesse como fundamento econômico as expectativas de rentabilidade futura. Como desprezar todo o fundo de comércio da empresa "Loma Negra"?

Apenas para efeito ilustrativo, convém discutir o papel da Loma Negra no mercado de cimentos da Argentina, o que certamente influenciou no sobrepreço pago pela CCSA na compra das empresas Gabyl, Gaby2 e Gaby3. Em uma época em que verdadeiras "batalhas" no mercado de cimento vinham sendo travadas entre as empresas de modo a aumentar suas participações no mercado, é inegável que a empresa Loma Negra é uma das maiores empresas de cimento da Argentina (cerca de 48% do mercado argentino), o que constituía um ativo de grande valor para a empresa que adquirisse o seu controle. Neste sentido, é fato inconteste que este ativo influenciou o ágio pago pela CCSA, na compra das empresas Gabyl, Gaby2 e Gaby3.

Ademais, é certo que o mercado conquistado pela empresa Loma Negra na Argentina constituía um ativo de notável importância para os planos de expansão do conglomerado econômico brasileiro. Decerto, o nome e a marca da Loma Negra, igualmente se apresentaram como ativos que influenciaram o ágio pago.

Além de tudo, a Loma Negra também detinha 80% das ações da Ferrosur, empresa que opera as ferrovias de carga que transportam a produção das principais indústrias da Argentina, inclusive escoando a produção da Loma Negra e de suas controladas, o que também constitui um ativo que influenciou o ágio desembolsado.

Outro fator que também influenciou o ágio despendido foi o **complexo de empresas subsidiárias** detidas pela **Loma Negra**. Dentre elas constam Betel S.A., Reycomb S.A., Cofesur S.A., Compania Argentina de Cemento Portland S.A., Escofer S.A., Compania de Servicios a La Construccion S.A., sociedades anônimas constituídas na cidade de Buenos Aires, Canteras Del Riachuelo S.A. (Uruguai) e Cementos Del Plata S.A. (Uruguai).

Ao sustentar que o ágio pago se fundou em expectativas de rentabilidade futura, o que não representa absolutamente a totalidade do investimento feito, o grupo econômico ilícitamente aspirou ao benefício fiscal de amortizar o ágio pago, a despeito de a legislação vedar tal benesse em relação aquele estribado em outros fundamentos econômicos.

Cabe ressaltar, que o Fiscalizado contratou a empresa KPMG Corporate Finance Ltd. para a realização de um "Estudo de valor das empresas Gabyl Holding, LLC, Gaby2 Holding, LLC Gaby3 Holding, LLC", realizado apenas em 18/06/2010, após o início

da fiscalização do processo nº 10880.721.862/2010-45, que iniciou a auditoria **deste ágio**, lapso temporal muito dilatado, da data em que ocorreram as transações e com o objetivo de tentar justificar o fundamento econômico da expectativa de rentabilidade futura, que possibilitava a benesse da amortização do ágio.

Isso deixa muito claro que a CCSA, ao concretizar o negócio, não tinha em mãos informações abalizadas sobre a expectativa de rentabilidade futura do investimento. Ora, se essa motivação não existia, posto que não provada, o mote da transação só poderia recair sobre o fundo de comércio representado pelo conjunto de empresas adquiridas do grupo argentino.

Além disso, a empresa contratada querer eximir-se de qualquer responsabilidade quanto a uma nova avaliação econômico-financeira na empresa Loma Negra, deixa claro que o objetivo do estudo não era verossímil, é o que se deduz do trecho do dito relatório reproduzido abaixo:

"... que o escopo do trabalho não incluiu a elaboração de nova avaliação econômico-financeira da Loma Negra, assim como das Empresas, mas apenas a formalização do estudo de rentabilidade futura feito quando da Transação. Nesse sentido não somos responsáveis pelas premissas de projeções do estudo de rentabilidade futura da Loma Negra ..." (pag. 5, parágrafo 3º do Estudo de Valor das empresas Gabyl Holding, LLC, Gaby2 Holding, LLC Gaby3 Holding, LLC, realizado pela KPMG Corporate Finance Ltd.)

Demonstra que **as demais condições legalmente impostas** também não foram cumpridas para a dedutibilidade dos encargos de amortização do suposto ágio.

Na situação posta, as operações societárias engendradas pelo grupo econômico Camargo Corrêa tiveram como objetivo aproveitar-se da amortização do ágio pago pela empresa CCSA e gerado quando da aquisição das ações das empresas Gabyl, Gaby2 e Gaby3 (concretizadas em 09/11/2005) e **transferidas** para a **empresa fiscalizada**, em **30/11/2005** e, no dia seguinte, incorporadas. E o ponto de partida para tal apropriação do ágio deu-se com o aumento de capital no Fiscalizado, ocorrido em 30/11/2005, com a transferência das ações das empresas Gaby1, Gaby2 e Gaby3 e pelo pagamento de uma dívida, que a empresa CCSA tinha com CAUÊ INVESTMENTS LIMITED, empresa controlada pela CCC, que com sua extinção, "herdou" esse direito pelo instituto da sub-rogação (art. 347, inciso I, do Código Civil).

Conclui, por conseguinte, que o ágio inicialmente pago pela empresa CCSA foi **transferido** indevidamente para a **empresa fiscalizada**.

Ora, o ágio foi efetivamente pago pela empresa CCSA e não pela sua controlada, o Fiscalizado. Portanto, o ativo (ágio) decorrente da aquisição de ações haveria de ser contabilizado na empresa CCSA, adquirente das ações das empresas Gaby1, Gaby2 e Gaby3 e não na sua controlada, que apenas recebeu essas ações. As operações societárias desencadeadas após a aquisição das ações das "Gaby's" lastrearam-se nessa transferência do ágio pago pela empresa CCSA para o Fiscalizado.

As condições de dedutibilidade de encargos de amortização de ágio previstas no Artigo 386 do RIR/99 têm como pressuposto uma anterior contabilização do custo de aquisição do investimento, nos termos do Artigo 385 também do RIR/99.

Cabe aqui investigar o momento exato em que é aplicada a norma prevista no Artigo 385 do RIR/99.

Resta incontestável, portanto, que o previsto no Artigo 385 do RIR/99 não é aplicável ao Fiscalizado, pois a empresa fiscalizada não comprou as empresas "Gaby's", que foram usadas para a conferência de bens na subscrição das suas ações.

As ações das "Gaby's" foram consideradas pelo seu valor "cheio", isto é, pelo seu valor de patrimônio líquido mais o ágio que foi pago quando de sua aquisição pela empresa CCSA, ou seja, o Fiscalizado não pagou sequer um centavo a mais por essas ações.

É a CCSA a empresa que atende e, por conseguinte, pode usufruir das disposições contidas nos Artigos 385 e 386 do RIR/99. As maiores provas de que não aconteceram as condições para que o Fiscalizado pudesse amortizar o ágio são o fato de ela não ter despendido qualquer valor do seu ativo para pagar as ações das "Gaby's" e, mais ainda, o fato de a CCSA não ter apurado ganho de capital na transação de conferência de bens.

Ainda mais, a CCC sequer tinha em seus ativos o montante necessário para pagar o ágio em discussão. Vide as DIPJ ND 0001349337 e 0001429229.

#### **DOS PAGAMENTOS EFETUADOS PELA CONTROLADORA CCSA DURANTE OS ANOS DE 2006 A 2013**

Aduz que há ainda a questão dos pagamentos que foram feitos posteriormente às operações societárias dos dias 30/11/2005 e 01/12/2005.

Em diligência efetuada junto à controladora do Fiscalizado, a CCSA, por intermédio do MPF-D 0818500.2017.00089, solicitou que a CCSA comprovasse o pagamento das parcelas que venceram em 30/06/2006; 02/07/2007; 30/06/2008; 30/06/2009 e 30/06/2010 conforme o item 1.4 do "*Stock Purchase Agreement*" e a carta enviada ao BACEN em 21/11/2005.

Em resposta enviada à Fiscalização, em 13/06/2017, a CCSA apresenta os valores pagos, as datas de pagamento, os lançamentos contábeis e os respectivos contratos de câmbio com datas compreendidas entre o período de 09/06/2006 a 13/06/2013, comprovando o pagamento das parcelas restantes do preço estipulado no "*Stock Purchase Agreement*". A tabela abaixo, constante da missiva enviada pela CCSA, resume estas informações:

US\$	R\$	Data	Contrato de câmbio nº
20.000.000,00	45.070.000,00	09/06/2006	06/001331
10.000.000,00	22.850.000,00	14/06/2006	06/001347
20.000.000,00	44.728.000,00	14/06/2006	06/001382
10.000.000,00	22.307.500,00	26/06/2006	06/001425
49.819.564,03	110.350.334,33	29/06/2006	06/087776
89.580.293,00	172.268.278,26	29/06/2007	07/002359
20.000.000,00	38.540.000,00	28/06/2007	07/052822
20.859.949,41	40.176.262,56	28/06/2007	07/052821
45.860.881,09	72.923.387,02	27/06/2008	08/006018
83.387.215,64	161.020.713,40	26/06/2009	09/067785
19.771.474,00	42.395.971,70	13/06/2013	000114225594

Isso significa que, além do ágio da transação entre a CCSA e as vendedoras argentinas ter sido transferido irregularmente para o Fiscalizado, ele sequer havia sido pago em sua totalidade.

A CCSA conseguiu usufruir de um resultado da sua controlada com uma considerável redução da base de cálculo do IRPJ e da CSLL sem que tivesse sequer despendido a totalidade do valor que começava a ser amortizado pela sua controlada.

Em sendo indiscutível a inaplicabilidade da norma contida no Artigo 385, § 2º, inciso II, do RIR/99 à operação que deu origem ao ágio pago na aquisição das ações das empresas Gaby1, Gaby2 e Gaby3, também é certa a não subsunção dos fatos correspondentes às operações societárias subsequentes (incorporação) à norma prevista no Artigo 386, inciso III do RIR/99, uma vez que a incidência daquela constitui pressuposto para a dedutibilidade autorizada por esta (atendidas as demais condições por ela impostas).

Por conseguinte, a despeito da tentativa da empresa CCSA de transferir para a sua controlada CCC o ágio pago, a legislação não autoriza que tal ágio seja aqui transferido, no momento posterior à aquisição da participação, para efeito de apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL da empresa CCC.

Nesse mesmo sentido, manifestou-se o CARF, em 14/03/2012, no Acórdão nº 1302-00.834, emanado pela 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária, referente ao processo no 10880.721862/2010-45 (tratou da mesma matéria na empresa fiscalizada, no ano-calendário de 2005, primeiro ano de amortização do ágio das "Gaby's"):

#### "ÁGIO

*A autoridade fiscal relata os seguintes fatos:*

- 1. no primeiro semestre de 2005, a pessoa jurídica CAMARGO CORREA S/A, CNPJ nº 01.098.905/0001-09, controladora da autuada, manteve negociações com pessoas físicas e jurídicas visando adquirir o controle da pessoa jurídica LOMA NEGRA CIA S/A.;*
- 2. para a concretização do negócio, foram constituídas três pessoas jurídicas (GABY 1, GABY 2 e GABY 3);*

3. em 30 de junho de 2005, por meio de contrato de COMPRA E VENDA DE AÇÕES, a CAMARGO CORREA S/A adquiriu as ações das pessoas jurídicas GABY 1, GABY 2 e GABY 3, passando a deter indiretamente 100% das ações da pessoa jurídica HOLDTOTAL S/A e 93,43% das ações da pessoa jurídica LOMA NEGRA;

4. em 30 de novembro de 2005, a CAMARGO CORREA S/A transferiu a titularidade das suas ações das pessoas jurídicas GABY 1, GABY 2 e GABY 3 para a fiscalizada, sua controlada, por meio de aumento de capital e pagamento de uma dívida que tinha com a pessoa jurídica CAUE INVESTMENTS LIMITED, transferida para a fiscalizada por meio de sub-rogação;

5. ao adquirir GABY 1, GABY 2 e GABY 3, a CAMARGO CORREA S/A pagou um ágio de R\$ 1.571.603.219,37, e, ao transferir a titularidade das citadas empresas para a fiscalizada, o fez transferindo, também, o referido ágio;

6. em 1º de dezembro de 2005, a fiscalizada incorporou as empresas GABY 1, GABY 2 e GABY 3, passando a amortizar o ágio referenciado.

Diante de tais fatos, a autoridade fiscal, destacando que o procedimento fiscalizatório envolvia tão somente os atos praticados pela empresa CAMARGO CORREA CIMENTOS S/A, concluiu pela ilicitude da dedução.

Para tanto, serviu-se, em apertada síntese, dos seguintes argumentos:

a) na dedução do ágio, a fiscalizada não observou as condições impostas pela legislação (arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997);

b) os documentos apresentados pela fiscalizada mencionam que o ágio teve por fundamento econômico o valor de rentabilidade da empresa LOMA NEGRA, com base em previsão de resultados de exercícios futuros, desprezando, com isso, o FUNDO DE COMÉRCIO da referida empresa;

c) o ágio foi efetivamente pago pela empresa CAMARGO CORREA S/A, e não pela fiscalizada, inexistindo, na legislação, norma que autorize transferência da referida despesa em momento posterior a aquisição da participação;

d) sendo as empresas GABY 1, GABY 2 e GABY 3 sociedades estrangeiras que não funcionaram no país, resta impossibilitada a amortização do ágio e, por consequência, a redução das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, ex vi do disposto no parágrafo 1º do art. 389 do RIR/99.

Como se vê, a autoridade autuante serviu-se de quatro fundamentos para sustentar a autuação.

Tenho, pois, que dois desses fundamentos não procedem. Com efeito, a discussão acerca do fundamento econômico ágio só se apresentaria relevante se não estivesse em discussão, também, a própria titularidade do dispêndio (ágio). Penso que as razões descritas nas letras "a" e "c" acima se complementam, mas, conflitam com a referenciada pela letra "b", ou seja, se o ágio não é passível de amortização em virtude de a contribuinte não se enquadrar nas disposições da lei, vez que não foi ela quem suportou a despesa com ágio, perde relevância discutir o fundamento econômico desse mesmo ágio.

Não obstante o acima considerado, creio que alguns aspectos relatados pela autoridade fiscal no contexto das observações feitas em relação ao fundamento econômico do ágio merecem destaque.

*Afirma a Fiscalização que a CAMARGO CORREA S/A, pessoa jurídica que efetivamente apurou o ágio, contratou a empresa KPMG CORPORATE FINANCE LTD. Para realização de um ESTUDO DE VALOR DAS EMPRESAS GABY1 HOLDING LLC, GABY2 HOLDING LLC e GABY3 HOLDING LLC, estudo esse que só foi apresentado em 18 de junho de 2010, isto é, quase cinco anos após a efetivação do negócio.*

*Relata também a autoridade fiscal que, à época do início da realização da transação envolvendo a aquisição das empresas GABY 1, GABY 2 e GABY 3, estudo realizado pelo BANCO GOLDMAN SACHS, que assessorou a CAMARGO CORREA S/A financeiramente, indicou que o valor atualizado de tais empresas, isto é, desconsiderando-se eventuais rentabilidades futuras, era maior que o valor pago na transação, o que levou à Fiscalização indagar se, no caso, em vez de ágio, teria ocorrido ganho de capital na operação.*

*No que diz respeito ao disposto no parágrafo 1º do art. 389 do RIR/99, penso que a disposição ali estabelecida seja merecedora de nova interpretação, haja vista a introdução, no Brasil, da tributação em bases universais (Lei nº 9.249/95, art. 25).*

*Apreciando, contudo, os fatos e a legislação a eles aplicada, inclino-me a acolher a tese expendida pela autoridade fiscal no sentido de que não encontram presentes circunstâncias capazes de autorizar a amortização do ágio em questão.*

*Com efeito, considerado o disposto no caput do art. 385 do Regulamento do Imposto de Renda de 1999 (RIR/99), abaixo transcrito, descabe falar em apropriação de ágio por parte da CAMARGO CORRÊA CIMENTOS, a fiscalizada, quando resta indiscutível que quem incorreu no suposto sobrepreço foi a pessoa jurídica CAMARGO CORRÊA S/A e que a transferência das participações, dela para a fiscalizada, se deu em razão de aumento de capital e quitação de dívida.*

*Art. 385. O contribuinte que avaliar investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição em (Decreto- Lei 1.598, de 1977, art. 20):*

*Alinho-me, aqui, ao entendimento esposado na peça de autuação no sentido de que o disposto no inciso III do art. 386 do RIR/99 (abaixo reproduzido) não pode ser interpretado de forma dissociada da norma estampada no caput do art. 385 do referido ato regulamentar, ou seja, o dever de segregar o custo de aquisição, no caso de avaliação de Investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido, obviamente é de quem incorreu em tal custo, e a faculdade de amortizar o ágio antes segregado não é deferida a outro senão àquele que adquiriu a participação societária com sobrepreço.*

*Art. 386. A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no artigo anterior (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, e Lei nº 9.718, de 1998, art. 10):*

*III poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata o inciso II do § 2º do artigo anterior, 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;*

*Registro que a única transferência de ágio albergada pela legislação em vigor, condenada, diga-se de passagem, por robusta doutrina, é a prevista no inciso II do parágrafo 6º do art. 386 do RIR/99, que em nada se assemelha à situação sob exame.*

*Considerado o relato feito pela autoridade autuante, parece que a própria empresa CAMARGO CORRÊA S/A tinha conhecimento da impossibilidade, face a ausência de previsão legal, da transferência do ágio em questão, eis que, ao aportar as ações das empresas GABY 1, GABY 2 e GABY3 na subscrição de capital feita na fiscalizada, o fez pelo valor "cheio", ou seja, pela soma não segregada de valor de patrimônio líquido e ágio.*

*Apesar de concordar com a decisão de primeiro grau no sentido de que não restam configurados nos autos circunstâncias que indiquem a constituição de "empresa veículo" no âmbito de um planejamento tributário, rejeito o argumento ali esposado de que a legislação fiscal não proíbe que a controladora repasse o controle de empresas adquiridas com ágio efetivamente pago, à sua controlada, pelo valor total pago*

*Não se trata, como parece crer a Turma Julgadora de primeiro grau, de vedação ao repasse de controle de empresas, mas, sim, de ausência de lei autorizadora de transferência de ágio por meio de subscrição de aumento de capital e de quitação de dívida.*

*Observo que a contribuinte, por meio da peça impugnatória, sustentou que, no caso de amortização de ágio, inexistente previsão legal que permita a adição da referida despesa na determinação da base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido.*

*Creio que o argumento é digno de reparo.*

*Não se trata de falta de autorização para adição, mas, sim, de ausência de previsão legal para amortização, por força do disposto no inciso III do art. 386 do RIR/99, isto é, a faculdade de amortização refere-se à apuração do lucro real. Assim, ainda que se admitisse, no presente caso, a amortização pretendida pela fiscalizada, ela só seria possível na determinação da base de cálculo do imposto de renda.*

*Diante do exposto sou, também, por dar provimento ao recurso relativamente a este item.*

Dessa maneira, a InterCement Brasil S/A será autuada pela amortização indevida desse ágio.

#### **DA MULTA ISOLADA E A QUALIFICAÇÃO DA MULTA DE OFÍCIO**

A base legal da multa em questão é o Artigo 44 da Lei 9.430/96, alterado pelo Artigo 14 da Lei 11.488/2007.

O artigo 2º da Lei 9.430/96 trata da apuração anual dos tributos (IRPJ/CSLL), com antecipações mensais, calculadas com base na receita bruta.

A lei 9.430/96, com a redação dada pela lei 11.488/07, visou claramente o estabelecimento de duas multas distintas, com finalidades igualmente distintas: uma penalidade pela redução indevida do tributo outra, pelo não recolhimento da antecipação. Essas duas penalidades decorrem de duas obrigações distintas, a obrigação de pagar o tributo e a obrigação de antecipar. São os incisos I e II do artigo 44.

A multa de 75% visa penalizar a redução indevida do tributo. Aqui, se quer proteger a obrigação de pagar o tributo.

A multa isolada de 50% sobre a estimativa visa penalizar a não antecipação. Por óbvio, esta multa visa tutelar a antecipação mensal do tributo, a obrigação de antecipar.

A obrigação de pagar o tributo refere-se à obrigação contraída pelo contribuinte por força da prática do fato gerador. A obrigação de antecipar refere-se ao pagamento desse tributo nos prazos legais devidos. As hipóteses do inciso II, "a" e "b", reforçam esse caráter, ao definir que mesmo sem tributo devido, são devidos os pagamentos mensais.

E isso é claro, pois há dois bens diversos, independentes, a serem tutelados. O primeiro bem, a própria essência da exigência estatal, o Crédito Tributário devido por quem praticou o fato gerador. O segundo bem, o momento em que deve haver a satisfação desse pagamento, o período devido para esse pagamento, a antecipação legal, ainda que por adiantamento.

Crédito Tributário e Antecipação Legal são dois conceitos intimamente ligados, mas diversos. Cada um deles demanda uma proteção diferente sob o risco de, em não havendo sanção efetiva, haver um incentivo aos contribuintes para que não cumpram um ou outro, neste caso principalmente o adimplemento, que é o bem protegido pela multa isolada.

### **A multa isolada como consequência das opções do Contribuinte**

Voltando à esfera pública, note-se ainda que a estimativa mensal é uma opção para o contribuinte. O padrão de recolhimento do IRPJ e CSLL é o trimestral, conforme o Regulamento do Imposto de Renda - RIR/99.

De acordo com o Regulamento do Imposto de Renda, o contribuinte que opta por uma modalidade diferente de apuração (anual) deve assumir as obrigações correspondentes a essa opção, entre elas, o pagamento mensal. Como padrão, esse pagamento é calculado sobre a Receita Bruta mensal, aplicando-se os percentuais definidos no artigo 223, dependendo da atividade do contribuinte (com alíquotas de 1,6%; 8%; 16% e 32%). É a chamada apuração por "estimativa pura".

Importante notar que se o contribuinte proceder da forma descrita até aqui, não estará sujeito à multa isolada quando da eventual glosa de despesas pela

fiscalização. Agindo dessa forma, o contribuinte estaria sujeito apenas à multa de ofício.

Assim, não é apenas a exigência mensal do tributo que torna o contribuinte sujeito à multa isolada: além desse fato, o contribuinte deve realizar uma outra opção, independente daquela ação que resultou na despesa indedutível, qual seja: o levantamento do balanço ou balancete de suspensão ou redução. É o que determina o art. 230 do RIR/99

Note-se que essa forma de apuração, chamada por alguns de "estimativa monitorada", implica em opção adicional do contribuinte, no sentido de interromper os pagamentos mensais quando estes superarem o imposto devido. É expediente lícito, previsto em lei, desde que a redução ou suspensão dos pagamentos mensais esteja embasada em despesas dedutíveis tributariamente. Mas vislumbra-se de pronto que pode ser usado como estratégia ilícita para não adimplir os pagamentos mensais, por exemplo, utilizando despesas fictícias, indedutíveis.

Repise-se, portanto, em relação à apuração do Imposto de Renda e Contribuição Social pelo lucro real: o padrão é de recolhimento trimestral dos tributos, podendo haver a opção pela apuração anual, com recolhimentos mensais (estimativa pura). Nessas duas situações, não há que se falar em multa isolada, ainda que o contribuinte seja autuado posteriormente por despesa considerada indedutível para fins tributários, sendo alvo apenas da multa de ofício.

A terceira forma de apuração do lucro real é a "estimativa monitorada", quando o contribuinte interrompe ou reduz os pagamentos por meio de apuração mensal, levantada em balanço ou balancete específico. Somente essa forma, que depende de duas opções do contribuinte (apuração anual + balanço suspensão/redução), e que pode ensejar a multa isolada, para punir conduta específica, a falta de recolhimento antecipado.

Existe também um outro argumento para considerar os dois tipos de multas como independentes e visando finalidades distintas: a multa de ofício pode ser reduzida, ou mesmo zerada. Pensemos no pagamento do Auto de Infração pelo contribuinte dentro de 30 dias da ciência: redução da multa em 50%. Pensemos também em certos parcelamentos, que podem mesmo eliminar a multa de ofício. Se a multa isolada foi derrubada anteriormente ao parcelamento com o argumento de que era cumulativa, como fica no caso de redução ou eliminação da multa de ofício a *posteriori*? Evidente que aqui partimos da premissa de que a cumulatividade das multas é lícita e prevista na lei. A partir dessa premissa, a multa isolada seria novamente exigível?

Em suma: a multa isolada pode conviver com a multa de ofício, pois visa tutelar direito público diverso, o recebimento tempestivo dos tributos, o fluxo de caixa estatal, a antecipação legal. Já a multa de ofício tutela a exigibilidade do tributo em si, podendo ser majorada ou minorada, dependendo do caso concreto. Pretender

afastar a multa isolada fere de morte o direito estatal ao fluxo de caixa mensal, permitindo e, até, incentivando a inadimplência dos contribuintes.

Do mesmo modo, não é verdade que a falta de antecipação prepare de alguma forma a ocorrência da redução do tributo, ocorrendo a priori. É evidente que não. Na maioria absoluta dos casos (senão em todos os casos), ocorre exatamente o contrário: é porque houve a redução do tributo que surge a falta de antecipação, pela redução da base tributável mensal combinada com os balanços. Casos clássicos são as despesas de amortização de ágio.

Assim, o Contribuinte, ao amortizar mensalmente, de maneira indevida, os valores referentes aos ágios gerados pelas operações societárias descritas acima, incorreu no descumprimento dos preceitos do Artigo 230 do RIR/99. O valor da multa isolada foi apurado em planilha anexa a este Termo.

#### **Qualificação da multa de ofício**

A base legal da multa em questão é o Artigo 44 da Lei 9.430/96, alterado pelo Artigo 14 da Lei 11.488/07.

Tanto no caso do grupo português, quanto no caso do grupo argentino, houve o planejamento voltado para a economia tributária.

#### **Simulação**

Simulação fiscal implicaria em um "vício na causa objetiva do negócio jurídico". É a divergência entre a intenção prática aferida objetivamente (causa objetiva) e a causa típica do negócio jurídico (conteúdo).

Novamente, podemos observar que nos dois casos aqui discutidos, fica evidente o intuito de simular situações que trariam benefícios tributários ao contribuinte.

*Art. 71 Sonegação é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária:*

*I - da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais;*

*II - das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.*

#### **Prática Simulatória**

A realização de atos simulados configura a conduta tipificada na legislação vigente como sonegação. Prática simulatória é a ação dolosa tendente a impedir o conhecimento, por parte da autoridade fazendária, da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária (art. 71, inciso I da Lei n. 4.502/1964);

As práticas utilizadas em cada uma das operações societárias aqui explanadas encaixam-se perfeitamente na descrição trazida acima. Elas foram executadas de

maneira que os resultados vindouros, apurados pelas empresas envolvidas em cada caso, fossem artificialmente reduzidos pelos valores amortizados a título de ágio.

(...)

Nas ações desencadeadas durante as operações societárias objeto deste procedimento fiscal, os elementos relacionados acima são de fácil observação, posto que são intrínsecos ao planejamento tributário agressivo.

(...)

Depois de cotejar as considerações transcritas acima com a descrição dos fatos narrados até aqui, o que mais chama a atenção é o fato de a CCSA e o Fiscalizado terem tido, desde o princípio, a clara intenção de verter o ágio pago pela CCSA na aquisição das empresas argentinas para o Fiscalizado, uma vez que ela, CCSA, não tinha resultados relevantes da sua própria atividade.

Fica claro que o intuito do repasse foi reduzir os resultados operacionais do Fiscalizado, que paga tributos diretamente pela sua atividade, ao passo que a sua controladora se nutre dos valores que a ela convergem pelo MEP.

Como se sabe, os resultados obtidos por esse método não compõem os cálculos e ajustes que levam à obtenção do Lucro Real e da base de cálculo da CSLL.

A controladora e o Fiscalizado tinham a perfeita noção do que faziam e tinham a plena consciência dos resultados que obteriam com os atos que executaram. Também sabiam, com certeza, o posicionamento que a Receita Federal tinha e tem a respeito desse tipo de planejamento.

A CCSA e o Fiscalizado sabiam o que faziam, sabiam o que conseguiriam e assumiram os riscos dessa conduta por conta desses ganhos que esperavam conseguir.

Ainda por cima, o ágio que passou a ser amortizado pelo Fiscalizado a partir de dezembro de 2005 sequer havia sido pago na sua totalidade.

O Fiscalizado e a sua controladora tentaram, mediante as operações societárias intragrupo engendradas em 2005, fazer com que a CCC pudesse usufruir da amortização do ágio surgido durante a transação com o grupo de vendedores argentinos. Porém, o Fiscalizado não atendia às condições previstas em lei para a fruição desse benefício. Esse ilícito de conduta interferiu, intencionalmente, na ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, com a finalidade de reduzir o montante do tributo devido.

A conduta adotada pelo Fiscalizado, assim, se enquadra no disposto no Artigo 72, da Lei nº 4.502/64 e justifica a duplicação da multa de ofício nos termos do § 1º, do Artigo 44 da Lei nº 9.430/96.

Afinal, conseguir aumentar o estoque de "Aplicações em Despesas Amortizáveis" - Ficha 45A - Ativo (DIPJ ND 1349337) de R\$ 298.415.907,64 para R\$ 1.870.046.127,01 e, com isso, poder reduzir os resultados da fiscalizada em R\$

196.453.777,00 ao ano, durante oito anos, é motivação mais do que suficiente para assumir certos riscos.

### **SOLIDARIEDADE PASSIVA**

Os integrantes do Conselho de Administração e o Diretor-Geral do Fiscalizado à data da ocorrência dos fatos geradores do presente Auto de Infração foram considerados como Responsáveis Tributários Solidários.

Essa responsabilidade solidária decorre do fato de que esses agentes eram os responsáveis pelos rumos que a empresa deveria tomar e, no entanto, não tiveram nenhuma iniciativa no sentido de interromper a amortização dos valores de ágio gerados nas duas operações aqui descritas.

### **IMPUGNAÇÃO**

A contribuinte apresentou impugnação, na qual alega, em síntese, que:

1. preliminarmente, defende a aplicação imediata dos comandos da LINDB, posto considerar que a Lei nº 13.655/2018 alterou o Decreto-Lei nº 4.567/42 e trouxe comandos imperativos que impõem à Administração a necessidade de considerar as "**orientações gerais da época**", entendidas como "jurisprudência judicial ou administrativa majoritária" em suas decisões administrativas.

2. dessa forma, a presente autuação jamais poderia prosperar, nos termos da jurisprudência administrativa então majoritária, no sentido de que o aproveitamento fiscal de ágio em casos semelhantes ao presente é legítimo e plenamente válido.

ÁGIO LOMA NEGRA:

3. após breve resumo das operações societárias relacionadas no presente caso, informa que para que a CCSA adquirisse a empresa Loma Negra, foi necessário adquirir as sociedades Gabys (Gaby 1 HoldingLLC; Gaby 2 Holding LLC e Gaby 3 Holding LLC);

4. a CCSA, precisando da avaliação das empresas americanas, contratou, para tanto, o Banco Goldman Sachs (doc. 04) e adquiriu tais empresas tomando como base o estudo de avaliação realizado pelo referido Banco, o qual foi posteriormente ratificado pelo laudo elaborado pela KPMG (fls. 493/533);

5. a CCSA também realizou estudo de valor dessas empresas, o qual está espelhado em planilhas que foram entregues durante a auditoria fiscal dos outros procedimentos fiscais e que são ora apresentados (doc. 05);

6. na citada operação de aquisição verificou-se a geração de um ágio, já que os valores de patrimônio líquido das empresas americanas eram inferiores ao que foi pago pela CCSA;

7. o ágio teve como fundamento o estudo de expectativa de rentabilidade futura realizado pelo Banco Goldman Sachs e posteriormente ratificado por Laudo de Avaliação elaborado pela KPMG, e foi regularmente contabilizado pela CCSA;

8. em seguida, com a aquisição dessa participação pela Impugnante, decorrente das operações de aumento de capital e pagamento de dívida promovidos pela CCSA, tanto o investimento nas Gaby's, quanto o ágio pago na aquisição, passaram aos registros contábeis da Impugnante (nos mesmos valores que estavam registrados pela CCSA);

9. assim, após realizar a incorporação das supracitadas sociedades americanas, a Impugnante iniciou a dedução das despesas decorrentes da amortização do ágio contabilizado;

#### **Da glosa do ágio Loma Negra pela Fiscalização**

10. a Fiscalização glosou tais despesas por entender que esta **(i)** não teria como fundamento a expectativa de rentabilidade futura, mas sim o valor do fundo de comércio adquirido, bem como outros ativos intangíveis; **(ii)** parcela do custo de aquisição suportado pela CCSA seria referente a pagamentos feitos entre os anos de 2006 e 2013; **(iii)** o laudo de avaliação que avalizou a sua expectativa de rentabilidade futura teria sido elaborado somente após a aquisição; e **(iv)** teria sido transferido indevidamente à Impugnante, na medida em que não teria sido decorrente de uma aquisição realizada por ela, mas sim pela CCSA;

11. o critério de amortização dessas despesas operacionais e sua dedutibilidade para fins tributários, dependia do fundamento econômico para o pagamento dessa diferença, respaldado em documento comprobatório;

12. segundo o §2º do artigo 20 do DL nº 1.598/77, posteriormente reproduzido pelo artigo 385 do RIR/99, o lançamento do ágio deverá indicar algum dos seguintes fundamentos econômicos: valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade; valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros; ou fundo de comércio, intangíveis e outras razões;

13. tal dispositivo legal não estabelecia a obrigatoriedade de consideração de todos os critérios mencionados, mas ao menos um "dentre" eles;

14. também não havia uma ordem lógica ou pressuposta para a atribuição destes fundamentos, pois o fundamento econômico para o pagamento de ágio em uma aquisição de bens é critério de decisão único e exclusivo do adquirente;

15. trata-se de prerrogativa negocial que é própria da livre iniciativa das partes na determinação do preço ativo, que não pode ser oposta pela Fiscalização;

16. não cabe ao Fisco estabelecer o fundamento que presume suportar o preço pago, especialmente quando o contribuinte preenche todos os requisitos legais para a comprovação de tal fundamento, como é o caso dos autos;

17. discorre sobre cada um dos fundamentos econômicos destacados no §2º do art. 385 do RIR, a fim de demonstrar o equivocado entendimento da Autoridade Fiscal;

18. desta forma, fica evidente o equívoco cometido pela Fiscalização ao pretender deslocar o fundamento econômico do ágio de expectativa de rentabilidade futura (atribuído pela Impugnante), para fundo de comércio e outros intangíveis;

19. é incontestável que o ágio pago está respaldado na expectativa de rentabilidade futura, a qual foi devidamente demonstrada pela avaliação feita pelo Banco Goldman Sachs e posteriormente ratificada pela KPMG;

20. a 4ª Turma da DRJ Belo Horizonte ao analisar os autos de infrações originários do processo administrativo nº **16561.720241/2016-29** (ano-base 2011) e nº **16561.720154/2017-52** (ano-base 2012) por unanimidade rechaçou o entendimento manifestado pela fiscalização no sentido de que o ágio originado na aquisição das ações da Gabys teria como fundamento econômico o fundo de comércio e intangíveis supostamente adquiridos;

21. as avaliações e estudos elaborados por instituição especializada e auditores independentes não foram desqualificados pela Autoridade Fiscal;

#### **Rentabilidade futura como Fundamento Econômico do Ágio Loma Negra**

22. o ágio não se fundamenta somente no laudo de avaliação elaborado pela KPMG, como parece crer a Autoridade Fiscal; está respaldado em estudo econômico realizado pelo Banco Goldman Sachs e estudos internos realizados pelo Grupo da Impugnante, os quais foram elaborados antes da aquisição das Gaby's e foram apenas ratificados posteriormente pelo citado laudo de avaliação elaborado pela KPMG;

23. apesar da Fiscalização saber que existiam outras demonstrações que fundamentavam o ágio ora debatido, preferiu se referir apenas ao único documento elaborado após a aquisição da Gaby's, isto é, o laudo de avaliação da KPMG, o qual só serviu para ratificar o exposto nos estudos elaborados anteriormente;

24. de acordo com o disposto no parágrafo 3º do art. 385 do RIR/99, o ágio fundamentado nos incisos I e II deve estar respaldado em "*demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante de escrituração*";

25. como tal dispositivo não foi regulamentado por qualquer outro dispositivo, resta claro que qualquer "demonstração" seria suficiente à comprovação do fundamento econômico adotado, entre eles o da rentabilidade futura da coligada/controlada;

26. a norma legal não exige qualquer requisito para a validade do estudo da rentabilidade futura;

27. não há formalidade a ser cumprida pelos contribuintes para que possam se valer da dedutibilidade;

28. qualquer que seja o fundamento do ágio adotado pelo contribuinte, que deve sempre espelhar o real motivo que o conduziu ao pagamento daquele ágio, compete-lhe guardar a documentação que deu suporte àquela fundamentação, o

que foi feito por meio dos estudos elaborados por instituição financeira especializada e pelo grupo da Impugnante, os quais foram ratificados por laudo de empresa de auditoria independente;

29. para justificar o fundamento econômico de um ágio pelo fundo de comércio ou intangíveis da controlada ou coligada adquirida, cumpre ao contribuinte, admitindo que o critério de fundamentação econômica do ágio eleito pela Autoridade Fiscal esteja correto, individualizar e valorar, por meio de estudo próprio, cada um dos bens que compõe aquele fundo de comércio e intangíveis;

30. dos estudos elaborados por instituição financeira especializada e pelo próprio grupo da Impugnante, no presente caso, o ágio foi fundamentado na expectativa de rentabilidade futura atribuído às sociedades empresárias adquiridas como um todo;

31. não se mensurou com base na expectativa de rentabilidade futura, cada um dos bens que formariam o fundo de comércio e os intangíveis, identificando-os para, assim, atribuir-lhes um valor (de forma individualizada);

32. não há dúvidas acerca do cumprimento do artigo 385, § 3º do RIR/99 pela Impugnante, com a apresentação dos estudos elaborados à época da aquisição das empresas Gaby 1, Gaby 2 e Gaby 3, ratificados pelo laudo da empresa de auditoria KPMG;

#### **Do enfoque contábil**

33. sob o ponto de vista contábil, teria o legislador do decreto nº 1.598/77 se equivocado ao mencionar fundo de comércio na alínea "c" e expectativa de rentabilidade futura na alínea "b", por se tratarem do mesmo instituto contábil;

#### **Da ausência de produção de prova pela Fiscalização - efetiva presunção**

34. em momento algum foi feita qualquer prova, pela Fiscalização, de que o ágio em análise englobaria algum valor correspondente ao fundo de comércio ou intangíveis adquiridos, tampouco qual seria a parcela desse montante que comporia o total do preço de aquisição;

35. não trouxe elementos de prova que pudessem demonstrar que qualquer fração do preço de aquisição estaria amparado em outros fundamentos econômicos diversos da rentabilidade de exercícios futuros;

36. a autoridade fiscal não desconstituiu as provas apresentadas pela Impugnante (estudos e laudo da KPMG);

37. para desqualificar o ágio gerado com base em rentabilidade futura deveria apresentar provas de que os demonstrativos apresentados pela Impugnante não validam uma rentabilidade futura, mas sim, a precificação do fundo de comércio;

#### **Da inexistência de vedação legal à Transferência da Participação adquirida com Ágio**

38. alega que analisando-se cada um dos artigos do Decreto nº 1.598/77, reproduzidos nos artigos 385 e seguintes do RIR/99, não se encontra qualquer vedação ou mesmo qualquer determinação em sentido diverso do que foi realizado pela CCSA ao transferir a participação das empresas Gaby's, acompanhada do respectivo ágio gerado na aquisição dessas empresas à Impugnante;

39. se essa transferência das participações não é vedada e estas foram adquiridas com ágio, há que se reconhecer a aplicação do artigo 385 e seguintes do RIR/99 na transferência desse último à Impugnante, pois no ordenamento jurídico pátrio, apenas a Administração Pública está sujeita ao Princípio da Legalidade Estrita, tendo suas ações limitadas somente àquilo que está previsto em lei;

40. para os contribuintes a regra é que *"ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei"*;

41. o fato de não existir lei que autoriza expressamente a transferência do ágio não significa que isto seja vedado, porém, o fato de não haver lei que proíba tal operação representa, sim, a possibilidade de sua implementação;

42. o ágio transferido à impugnante teve como fundamento econômico a expectativa de rentabilidade futura na aquisição da participação nas empresas Gaby's;

43. se a participação nessas empresas, cuja expectativa de rentabilidade futura sustentou o ágio, foi transferida, é razoável que o ágio acompanhe essa participação;

44. desse modo, é totalmente coerente, do ponto de vista econômico e jurídico, que o valor do ágio esteja contabilizado na mesma pessoa jurídica que é detentora do investimento, pois só assim será possível a amortização desse ágio contra os lucros futuros que o justificaram;

45. o ágio somente existe em função do ativo que é a ele subjacente. Trata-se de um acessório (ágio) que necessariamente deve seguir o principal (investimento) e a sua amortização decorre do fundamento econômico a ele subjacente;

46. assim, verifica-se da legislação societária, bem como dos princípios de contabilidade geralmente aceitos, que é totalmente válida a transferência do ágio entre empresas, na medida em que o próprio investimento seja também transferido, o que seria uma exigência lógica e necessária do próprio conceito de ágio;

#### **Ad argumentandum - Do surgimento do Novo Ágio Loma Negra**

47. *ad argumentandum* e apenas e tão somente para fins de debate, alega que a integralização de capital na Impugnante dá ensejo ao nascimento de um novo ágio, o qual também preenche todos os requisitos de validade e sua amortização fiscal é plenamente legítima;

48. destaca que foi feita uma conferência de bens em integralização de capital, sendo que o bem conferido na integralização do capital da Impugnante foi a participação societária que a CCSA possuía na Gaby1, Gaby2 e Gaby3;

49. a integralização por meio de investimento detido em outra empresa é forma legítima de aquisição;

50. o valor conferido no ato de integralização de capital realizado pela CSSA na Impugnante correspondia ao valor efetivamente pago pelo investidor originário (CCSA)

pelas ações adquiridas das Gabys junto a terceiros (vendedoras) e representa o efetivo

valor do investimento pago no processo de aquisição;

#### **Da efetiva comprovação do custo de aquisição**

51. alega cerceamento do direito de defesa pois a Fiscalização, ao sustentar a glosa das parcelas da amortização fiscal do ágio com base na afirmação de que este não havia sido integralmente pago pela CCSA no momento da integralização, não explicou como isso impactaria na legitimidade da amortização fiscal do ágio;

52. quanto ao fato de a fiscalização ter adicionado à base de cálculo da CSLL os valores relativos à amortização do ágio, alega falta de previsão legal que autorize tal conduta;

53. que o legislador ao determinar a base de cálculo da CSLL de forma exaustiva (*numerus clausus*), fixando, taxativa e individualmente, cada um dos ajustes aplicáveis (artigo 2º e §§, da Lei nº 7.689/88) não elencou, como hipótese de adição ao lucro líquido, a amortização do ágio;

54. trata-se de uma inovação do critério jurídico da autuação fiscal introduzida em 11/12/2018, por meio dos autos de infração originários deste processo administrativo, somente poderia ter sido aplicada a fatos geradores posteriores;

55. o fato de parcela do preço acordado entre a CCSA e as Vendedoras ter sido quitada em momento posterior a transferência das ações da Gabys à Impugnante não possui qualquer impacto no custo de aquisição destes investimentos;

56. isto porque, o custo de aquisição de um ativo é equivalente ao sacrifício proporcional suportado por uma entidade para adquirir determinado bem ou direito;

57. a Receita Federal do Brasil já se manifestou de forma vinculante por meio da Solução de Consulta COSIT nº 03, de 22/01/2016, no sentido de que o custo de aquisição, para fins de ágio, é composto não apenas pelo descaixe direto de recursos financeiros, mas também por outros tipos de contrapartida, como, por exemplo, a assunção de obrigações / passivos;

#### **ÁGIO CIMPOR**

58. em relação ao ágio CIMPOR, discorda da Fiscalização por esta ter considerado que a Luso-Brasileira corresponderia a uma empresa veículo, sem propósito negocial, cujo único intuito seria internalizar o ágio gerado na aquisição da Noroeste;

59. discorre sobre as operações que culminaram na amortização do ágio;

60. a partir de 1997, o Grupo Cimpor passou a operar no Brasil e entrou em negociação com a família Brennand, controladoras da Atol, da Cimepar e da Companhia de Cimento Goiás;

61. em 08/09/1999 foi concluída a negociação entre eles, por meio da assinatura do Contrato de Compra e Venda de Ações (doc. 10), de forma que o Grupo Cimpor adquiriu a totalidade das ações das sociedades Atol, Cimepar e Goiás;

62. o preço acordado entre as partes foi de US\$ 590.000.000,00, fundamentado em avaliação econômico-financeira das sociedades alvos elaborada pelo Banco ING Barigns (doc 11);

63. o cenário econômico de crise da época motivou a decisão da família Brennand em concluir as vendas das sociedades alvos por meio de preço de aquisição firmado em dólar americano, bem como a exigência contratual de que esse fosse pago parcialmente no exterior (US\$ 365.000.000,00, cerca de 62%);

64. por tal motivo entende que foi necessário concluir a operação por meio da Corporación Noroeste S/A ("Noroeste");

65. a partir da aquisição das sociedades alvo, o Grupo Cimpor iniciou a etapa de consolidação de sua estrutura acionária no Brasil, em que já atuava por meio da CCB.

66. em 30/06/2000, a Noroeste subscreveu aumento de capital na CCB, por meio das ações que detinha na Goiás, pelo mesmo valor que as havia adquirido, e em seguida houve a incorporação da Goiás (doc. 12);

67. quando da efetivação da reestruturação societária, havia, nos termos da Lei nº 4.131/1962, a necessidade de formalização do RDE - Investimento Externo Direto, instituído pela Circular n 2.997/2000 do BACEN, que abrangia exclusivamente os investimentos em moeda estrangeira ingressados no Brasil, ou seja, apenas os pagamentos que foram realizados em contas no país;

68. ao reavaliar a referida operação, o registro do investimento na CCB pelas novas ações recém subscritas com a participação societária na Goiás também restou afetado pela falta de registro de parte do investimento estrangeiro, ou seja, manteve-se o registro exclusivamente em relação à parcela do pagamento das ações da Goiás que foi realizado em contas localizadas no Brasil, o que não representava a grandeza do capital investido e, assim, prejudicava o direito dos acionistas estrangeiros;

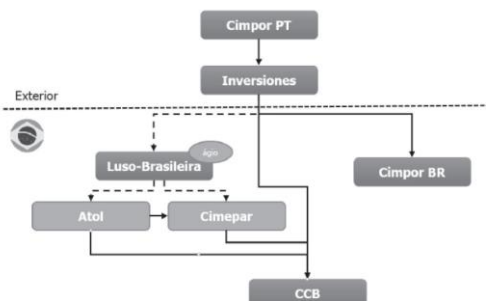
69. a Noroeste transferiu o **controle das sociedades brasileiras** à Cimpor Inversiones, S.L. ("Inversiones"), que, passou a atuar como empresa holding internacional do grupo;

70. o investimento registrado permanecia incorreto, pois não levava em consideração o capital contaminado, uma vez que apenas parte do capital aplicado pelo Grupo Cimpor estava registrado junto ao BACEN;

71. esse cenário apenas se alterou a partir de 2004, com a constituição da Sociedade de Cimentos Luso-Brasileira Participações Ltda ("Luso-Brasileira") e demais etapas que se seguiram;

72. após sua criação foi formalizada, em 22/07/2004, a 1ª alteração do contrato social (doc. 13) por meio da qual passou a ser detida pela Inversiones, que ato contínuo realizou aumento

de seu capital social, integralmente subscrito por meio da conferência de participação que a *Inversiones* detinha nas sociedades Atol e Cimepar, resultando na seguinte estrutura societária:

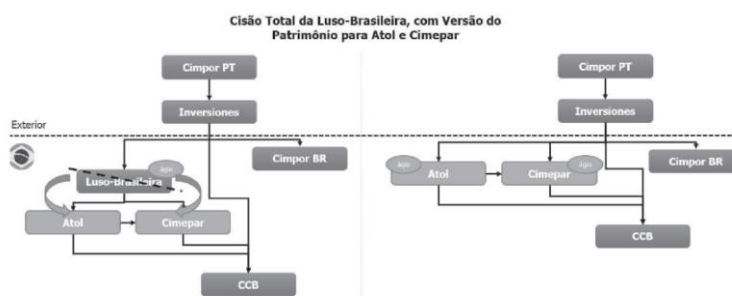


73. ante a obrigação de observar o MEP, a Luso-Brasileira segregou o registro do custo de aquisição da participação no capital social da Atol e Cimepar em (i) valor de patrimônio líquido e (ii) ágio, configurado pela diferença positiva entre o custo de aquisição e o valor patrimonial;

74. o ágio teve como fundamento econômica a expectativa de rentabilidade futura do investimento;

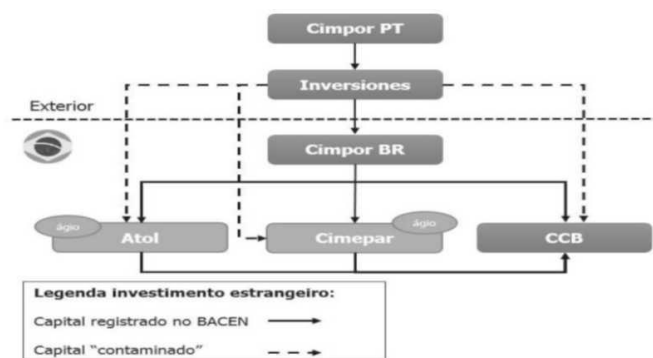
75. a dedutibilidade do ágio decorre da obrigação legal da Luso-Brasileira, ao receber ações de tais sociedades em aumento de capital integralizado pela *Inversiones*, desdobrar o custo de aquisição destes em patrimônio líquido investido (por MEP) e respectivo ágio;

76. em 30/07/2004 ocorreu a cisão integral da Luso-Brasileira com a versão das parcelas cindidas às sociedades Atol e Cimepar, na proporção que a sociedade cindida detinha no patrimônio de tais companhias;



77. os ágios (Atol e Cimepar, aqui referidos conjuntamente como "Ágio Cimpopor") se tornaram passíveis de dedução da base de cálculo do IRPJ e CSLL, porquanto preenchida a condição exigida por lei;

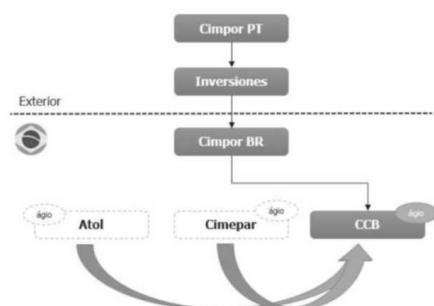
78. em 30/10/2005 foi realizado aumento de capital da Cimpopor Brasil (doc. 14), integralizado pela *Inversiones* por meio da participação que detinha na Atol, Cimepar e CCB (tal participação correspondia exclusivamente ao valor do investimento registrado no BACEN (ou seja, apenas 38% do preço pago na aquisição das ações da família Brennand);



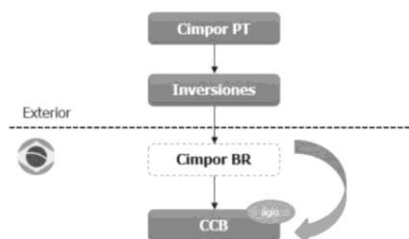
79. em 30/11/2005, a *Inversiones* e a *Cimpor Brasil* firmaram Contratos de Compra e Venda de Ações da Atol (doc. 15), relativamente à parcela do investimento nessas sociedades que, dada a ausência de previsão específica na legislação a época, não havia sido registrado no BACEN ("capital contaminado");

80. nestes termos, o investimento no Brasil detido pela sociedade estrangeira *Inversiones*, registrado junto ao BACEN, passou a corresponder, efetivamente, à totalidade do capital investido quando da aquisição das sociedades Atol, Cimepar e Goiás, solucionando assim, a "contaminação do capital";

81. em 30/04/2006 foi aprovada a incorporação das sociedades Atol e Cimepar pela CCB, que, assim, passou a sucedê-las de modo universal em todos os seus direitos e obrigações;



82. posteriormente, em 31/03/2007, foi aprovada a incorporação da Cimpor Brasil pela CCB, como última etapa do processo de simplificação da estrutura organizacional do Grupo no Brasil:



83. na qualidade de sucessora universal das sociedades então incorporadas, a CCB tornou-se titular do direito de dedução da amortização do ágio na apuração do IRPJ e CSLL, sendo que passou a exercê-lo. Com a incorporação da referida sociedade

pela Impugnante, aprovada em 28/02/2013, esta continuou a realizar a amortização fiscal do referido ágio;

84. as motivações negociais das partes envolvidas possuíam efetivos propósitos negociais;

85. a Luso-Brasileira possuía função precípua de viabilizar a descontaminação do capital e, assim, o correto registro do investimento realizado pelo Grupo Cimpor na aquisição da participação societária nas sociedades então pertencentes à família Brennand;

86. o ágio decorreu de uma circunstância estritamente relacionada à obrigação legal, nos termos do artigo 20 do Decreto-Lei nº 1.598/77, que compelia a Luso-Brasileira a registrar o investimento devido nas sociedades Atol e Cimepar segregando-o entre a participação societária avaliada pelo MEP e o ágio correspondente;

87. o ágio estava regularmente fundamentado em laudos de avaliação;

#### **Demonstração do propósito negocial e específico da Operação**

88. a teoria do propósito negocial não é positivada no Direito brasileiro, motivo pelo qual deve ser afastada sua aplicação em razão do princípio da legalidade;

89. cada uma das etapas da operação foi fundamental para viabilizar o desenvolvimento dos negócios do Grupo Cimpor;

90. discorre sobre as sociedades holdings puras, a Luso-Brasileira teve função de deter participação societária, o artigo 2º, § 3º da Lei das S/A expressamente indica que a participação é facultada para beneficiar-se de incentivo fiscal de forma que ainda assim estaria em plena conformidade com a legislação societária, a legislação tributária (artigo 31 da Lei nº 11.727/08 reconhece a holding pura como sociedade válida para todos os fins, como a Luso-Brasileira teve o propósito específico de participar da reestruturação que permitiu a descontaminação do capital do Grupo Cimpor não há como prosperar a tentativa de descaracterizar a existência de tal sociedade,

91. o prazo de duração de uma sociedade holding não pode ser utilizado como requisito de sua validade, vide art. 981 do Código Civil;

92. o aproveitamento do ágio representa mera fruição de um direito previsto em lei, inclusive incentivado pelo próprio Governo e não um planejamento tributário;

93. discorre mais uma vez sobre a desvalorização da moeda nacional e instabilidade da taxa de câmbio na época da aquisição, o que gerou a exigência de que o negócio fosse realizado em dólares americanos, com mais da metade do valor (cerca de 62%) sendo mantido em contas bancárias no exterior;

94. dessa forma, o registro apenas parcial da participação que o Grupo Cimpor havia adquirido nas sociedades Atol e Cimepar gerou um efetivo prejuízo porquanto o grupo realizava apenas parcialmente os proventos oriundos da posição de acionista nas referidas companhias;

95. a existência do capital contaminado no investimento realizado pelo Grupo Cimpor obstava os direitos dos acionistas estrangeiros e, inclusive, lesava financeiramente seus resultados;

96. a Lei nº 11.371/2006 introduziu no ordenamento brasileiro previsão específica quanto ao registro do "capital estrangeiro investido em pessoas jurídicas no País, ainda não registrado e não sujeito a outra forma de registro no Banco Central do Brasil", e assim, autorizou o registro do capital estrangeiro contaminado, isto é, aquele que não era passível de registro no BACEN até então;

97. em seguida, com o aumento de capital na Cimpor Brasil, por meio da integralização das ações de Atol, Cimepar e CCB, correspondentes a 38% da participação societária adquirida pelo Grupo (parcela registrada no BACEN) e com a formalização de contratos de compra e venda de ações das referidas sociedades (62% do capital social, não registrado junto ao BACEN - "contaminado") viabilizou-se o registro integral do investimento realizado pelo Grupo Cimpor no país, conforme RDE-IED formalizado após mencionada reestruturação (doc. 18);

98. juntamente com a descontaminação do capital, foi possível realizar a consolidação das atividades operacionais desenvolvidas pelo Grupo em uma única sociedade, a CCB, que passou a concentrar os negócios até então praticados de maneira autônoma pela Atol e Cimpar;

99. a lógica fiscal de que os fatos narrados teriam sido praticados unicamente para gerar um benefício fiscal não se sustenta, porquanto, a partir da descontaminação do capital do Grupo Cimpor investido no Brasil, lhe foi permitido usufruir plenamente dos resultados das companhias investidas e finalizar o processo de simplificação de sua estrutura organizacional, com a concentração de sua atividade operacional em uma só companhia;

100. **inocorrência de internalização de ágio** apurado pela Corporación Noroeste S/A, pois o ágio em questão não foi internalizado, uma vez que decorreu de **determinação legal** que obrigava a Luso-Brasileira (artigo 385 do RIR/99 e artigo 20 do Decreto-Lei ° 1.598/1977) a registrar custo desse investimento em valor do patrimônio líquido e do ágio correspondente ao receber as ações de Atol e Cimepar em integralização de aumento de seu capital social;

101. o ágio em questão não corresponde a um valor eventualmente registrado por Inversiones, com base na legislação de seu país de domicílio (Espanha), nem se alegue que o referido ágio poderia ter sido aproveitado também pela Inversiones ou pela Noroeste, porquanto, além de se tratar de registros autônomos e independentes, eventual benefício concedido na Espanha às sociedades domiciliadas naquele país não poderia afetar (e obstar) a hipótese de amortização do ágio no Brasil;

102. o artigo 20 do Decreto-Lei ° 1.598/1977 e artigo 385 do RIR/99 não traz qualquer vedação ao registro de ágio que, eventualmente, tenha sido registrado por sociedade estrangeira, previamente;

103. questionar o ágio em questão e, em última análise, oferecer um tratamento diverso à Impugnante e às sociedades do Grupo Cimpor **unicamente pelo fato de serem controladas por uma sociedade estrangeira (Inversiones)**, hipótese expressamente vedada pela **Convenção destinada a Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Elisão Fiscal em Matéria de Impostos sobre a Renda Brasil-Espanha**", conforme artigo 24, item 4, do Decreto nº 76.675/1975;

#### **Da Comprovação do fundamento econômico do ágio**

104. entende que o Fisco faz mera ilação, sem justificar a razão pela qual teria concluído sobre a inexistência de laudo que comprovasse a expectativa de rentabilidade futura;

105. o ágio em questão está respaldado em estudo econômico realizado pelo Banco ING Barings (doc. 10), elaborado à época da aquisição das sociedades alvos e que suportou o valor registrado pela Luso-Brasileira quando da integralização de seu capital com as ações da Atol e Cimepar pela Inversiones;

106. cita trecho da Laudo de Avaliação de Atol e Cimepar (doc. 13);

107. o Grupo Cimpor contratou a elaboração de dois laudos adicionais (doc. 19);

108. o § 3º do artigo 385 do RIR/99, vigente à época, estabelecia unicamente que o ágio fundamentado nos incisos I e II deveria estar respaldado em "demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante de escrituração";

109. reitera que os requisitos legais para registro e amortização do ágio foram integralmente cumpridos, isto porque: (i) houve o registro de ágio pela Luso-Brasileira, (ii) foi efetivada a cisão integral da Luso-Brasileira com a versão das parcelas cindidas (acompanhadas das parcelas de ágio correspondente) à Atol e à Cimepar (sociedades investidas), (iii) o ágio em questão foi fundamentado na expectativa de rentabilidade futura, conforme demonstrativos elaborados por empresas especializadas;

110. no momento da constituição do crédito tributário não pode o Fisco trazer inovações à legislação com o intuito de desenquadrar/desqualificar determinada conduta do contribuinte na norma fiscal visando fins meramente arrecadatórios, devendo se atentar à lei específica de forma precisa;

111. em situações que envolvam benefícios fiscais, a Fiscalização somente poderá exigir do contribuinte a observância dos requisitos subjetivos e/ou objetivos expressamente previstos na norma instituidora;

112. *Ad argumentandum* - opção legal e impossibilidade de ingerência do fisco na atividade do contribuinte

113. o contribuinte tem o direito de não ser obrigado a sofrer uma carga tributária maior quando existe uma opção fiscal mais econômica, autorizada pelo próprio ordenamento jurídico;

114. as operações societárias representam em ultima análise uma opção fiscal / legal, permitida pelo ordenamento jurídico, não cabendo ao Fisco limitar a autonomia de vontade e liberdade de iniciativa dos contribuintes, assegurada pelas garantias constitucionais, inclusive pelo princípio da legalidade, da livre iniciativa e da garantia à propriedade privada, de forma que o planejamento tributário é legítimo quando se vale de meios não vedados expressamente em lei para produzir o efeito da economia fiscal;

115. o Grupo Cimpor possuía uma planejamento estratégico claro e definido com objetivo de realizar a descontaminação de seu capital investido no Brasil, circunstância até então, não era resolvida pela legislação de regência, acarretando efetivos prejuízos aos investidores estrangeiros;

***Ad argumentandum* - Da validade da "sociedade veículo" e da jurisprudência do CARF**

116. considera que a jurisprudência do CARF entende que a utilização de empresas veículo não é motivo suficiente para tornar inválida a amortização fiscal do ágio;

117. em diversas situações a constituição de uma sociedade veículo é indispensável para que se obtenha o propósito negocial pretendido;

118. dessa forma ainda que a Luso-Brasileira pudesse ser enquadrada como empresa veículo, o que se admite apenas a título argumentativo, o CARF vem admitindo a validade de operações em que a participação societária adquirida com ágio é realizada por meio de uma sociedade holding, constituída com a única finalidade de receber o investimento;

***Ad argumentandum - impossibilidade de desconsideração pela Fiscalização dos Negócios jurídicos praticados - artigo 116 do CTN***

119. os procedimentos necessários à aplicação do parágrafo único do artigo 116 do CTN dependem de elaboração de lei ordinária, a qual até o presente momento não foi editada, tratando-se de norma de eficácia limitada;

120. a ausência de regulamentação da norma antielisiva impede sua aplicação de forma que a desconsideração do negócio jurídico não pode ser acolhida;

***Ad Argumentandum - da inexistência de vedação legal quanto à Internalização do Ágio***

121. não há na legislação qualquer vedação ou mesmo qualquer determinação em sentido diverso do que seria realizado pela Noroeste ou qualquer outra sociedade estrangeira do Grupo Cimpor ao transferir à Luso Brasileira a participação na Atol e na Cimepar, acompanhada do respectivo ágio gerado na aquisição - ou seja, culminando na referida "internalização";

122. como evidenciado alhures que tal operação decorre de integralização em aumento de capital realizada por meio da conferência de ações, isto é, operação reconhecida e permitida pela legislação, pelo que foi devidamente registrada na Junta Comercial;

123. o fato de não haver lei que proíba tal operação representa, sim, a possibilidade de sua implementação;

124. a partir do momento em que há a transferência da participação societária à Luso-Brasileira, há, igualmente, a transferência do ágio pago na referida operação;

125. em outras palavras, não se trata de internalização do ágio e sim de uma transferência de participação societária, cuja decorrência lógica é, de fato, o registro do ágio pela sociedade brasileira;

126. mesmo na perspectiva de que o ágio em questão teria surgido na aquisição da Atol e da Cimepar pela Noroeste, sendo posteriormente internalizado por meio do aumento de capital na Luso-Brasileira, entende que a legislação de regência não restringe tal operação;

127. o ágio deverá acompanhar o investimento que lhe é subjacente;

128. é totalmente coerente do ponto de vista econômico e jurídico que o valor do ágio esteja contabilizado na mesma pessoa jurídica que é detentora do investimento, pois só assim será possível a amortização desse ágio contra os lucros futuros que o justificaram;

### **C - Tópicos Comuns aos Ágios Loma Negra e Cimpor**

#### **Inexistência de previsão legal para a adição na Base de cálculo da CSLL, da despesa com a amortização do ágio considerada indedutível pela fiscalização**

129. o lançamento da CSLL não possui fundamento legal, afrontando o princípio da legalidade;

#### **Ausência de fundamentação para a imposição da multa qualificada**

130. em momento algum a Autoridade Fiscal comprovou a prática de qualquer conduta dolosa pelas partes do referido negócio, mencionando apenas a suposta existência de intuito na redução dos resultados tributáveis através do aproveitamento do ágio em questão;

131. ademais, não deixou claro qual das hipóteses contidas nos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/61 teria ocorrido e fundamentaria a aplicação da multa qualificada;

132. com relação ao ágio da Cimpor a ausência de fundamentação é ainda mais evidente, visto que não elegeu um parágrafo sequer do TVF para demonstrar a prática de fraude ou sonegação pela Impugnante nessa operação;

133. a operação foi realizada entre partes não relacionadas, com efetivo pagamento do preço e sustentado em laudo de rentabilidade futura, tendo a Impugnante o pleno direito à dedutibilidade da amortização do ágio;

134. não comprovou que o contribuinte agiu com dolo, a acusação fiscal de artificialismo da operação para aproveitamento do ágio não autoriza a qualificação da multa e este é o entendimento do CARF;

135. aduz que prestou informações e forneceu documentos à Fiscalização, sem retardar, impedir, atrapalhar, nem confundir o trabalho fiscal; registrou e arquivou todos os atos societários nas respectivas Juntas Comerciais; e diligenciou para conferir maior transparência nas informações referentes à operação;

136. assim, não tendo sido comprovada qualquer prática dolosa no presente caso, conclui-se que não houve fraude, sonegação ou conluio, fatores necessários à imposição da multa qualificada;

#### ***Ad argumentandum - vedação ao confisco***

137. a multa qualificada em percentual de 150%, cumulada com a multa isolada, tem caráter confiscatório não devendo prevalecer, conforme entendimento do plenário do STF;

#### **Impossibilidade de exigência da multa - dúvida**

138. caso se venha a decidir pela manutenção do lançamento e tal decisão ocorra por voto de qualidade é razoável considerar que há, no mínimo, dúvida quanto à ocorrência da infração;

**Impossibilidade de cobrança da multa isolada**

139. aduz que a multa isolada por falta de recolhimento das estimativas mensais, somente poderia ser exigida caso o Fisco verificasse tal falta ou insuficiência de recolhimento antes do término do ano-base;

140. como os autos de infração foram lavrados após o encerramento do ano-base de 2012, eventuais insuficiências não mais poderiam ser punidas pela exigência da multa isolada;

141. outrossim, ainda que fosse possível lançar após o encerramento do ano-base, não poderia haver, sobre a mesma base de cálculo, a cumulação da multa isolada com qualquer outra penalidade;

142. analisando os autos de infração, verifica-se que há cobrança cumulativa da multa isolada com a multa de ofício;

143. ressalta que o CARF já pacificou o entendimento nesse exato sentido, via Súmula CARF nº 105;

144. ademais, mesmo nos casos cuja multa isolada foi fundamentada após as alterações do artigo 44 da Lei nº 9.430/96, é de se notar que o conteúdo de referido texto legal não contraria o entendimento de que a multa de ofício e a multa isolada não podem ser exigidas concomitantemente;

145. dessa forma, deve-se cancelar a cobrança das multas isoladas.

**IMPUGNAÇÃO - RESPONSÁVEIS SOLIDÁRIOS**

Os responsáveis solidários Albrecht Curt Reuter Domenech, André Pires Oliveira Dias, Cláudio Borin Guedes Palaia, Cleber Acúrcio Machado, José Edison Barros Franco, Luis Roberto Ortiz Nascimento e Vitor Sarquis Hallack, intimados em 18/12/2018, apresentaram impugnações individualmente (fls. 1.871/3870), em 14/01/2019, porém, basicamente com os mesmos argumentos da Impugnação apresentada pela contribuinte, alegando em síntese e fundamentalmente, o seguinte:

1. entende que os autos de infração devem ser anulados pois a autoridade fiscal não teria indicado qual o dispositivo legal (artigo 71 a 73 da Lei nº 4.502/64, e a ausência da motivação e da indicação dos motivos de fato que fundamentariam a atribuição de responsabilidade aos impugnantes;

2. não restou caracterizada a hipótese de sujeição passiva solidária prevista no artigo 135, do CTN;

3. repisa os argumentos mencionados na Impugnação da InterCement quanto à alegada necessidade de se observar os comandos da LINDB, dedutibilidade do ágio, sua motivação, enfoque contábil, inexistência de vedação legal quanto à transferência de participação adquirida com ágio, efetiva comprovação do custo de aquisição, demonstração dos propósitos negociais, reestruturação do Grupo Cimpor, legitimidade das operações realizadas e posterior aproveitamento do ágio,

impossibilidade de ingerência do Fisco na atividade do contribuinte, validade da sociedade veículo, jurisprudência do CARF, impossibilidade de desconsideração pela Fiscalização dos negócios jurídicos praticados -art. 116 do CTN, inexistência legal quanto à internalização do ágio, inexistência de previsão legal para a adição da despesa com amortização de ágio considerada indedutível pela Fiscalização na base de cálculo da CSLL, ausência de fundamentação legal para a imposição da multa qualificada, inexistência de fraude, sonegação ou conluio, vedação ao confisco, impossibilidade de exigência de multa em caso de dúvida, impossibilidade de cobrança da multa isolada em razão da falta de recolhimento do IRPJ e CSLL por estimativa;

4. indevida alteração no critério jurídico por parte da fiscalização, em afronta ao disposto no art. 146 do CTN citando os mesmos argumentos contidos na impugnação apresentada pela Intercement, e que em cinco autuações que partiram da mesma realidade fática e relativas a oito anos-calendário sucessivos, a Fiscalização não verificou motivos para a atribuição da responsabilidade solidária;

5. impossibilidade de imputação da responsabilidade a alguém apenas em função do cargo por ela ocupado;

6. impossibilidade de coexistência, em um mesmo processo administrativo, de lançamento do crédito tributário em face da pessoa jurídica e de terceiros supostamente pessoalmente responsáveis, com fundamento no artigo 135 do CTN;

7. falta de comprovação do intuito doloso, pois em nenhum momento a autoridade fiscal demonstrou no TVF os atos que teriam sido praticados com dolo ou excesso de poderes ao estatuto ou contrato social, pelos impugnantes;

8. não ocorrência de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos;

9. impossibilidade de aplicação da multa qualificada ante a inexistência de sonegação, fraude e conluio;

10. princípio da pessoalidade da pena;

11. vedação ao confisco;

12. ainda que o crédito em questão seja considerado devido e passível de ser exigível dos impugnantes na qualidade de responsáveis solidários, o que se alega apenas para argumentar, solicitam o cancelamento da multa qualificada aos impugnantes,

13. caso reste inequívoca a presença da dúvida, pelo artigo 112 do CTN, requer que não seja mantida a multa de ofício exigida dos Impugnantes na qualidade de responsáveis solidários;

A decisão de Primeira Instância julgou parcialmente procedente as impugnações, determinando o afastamento da indicação de responsabilidades tributárias solidária bem como a redução da multa qualificada. Assim dispôs a DRJ, em resumo:

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Ano-calendário: 2013, 2014 RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA.

Nos termos do art. 135, III do CTN, a sujeição passiva solidária exige indicação de ato de infração à lei ou ao contrato social, acompanhada de provas que demonstrem de forma inequívoca a atuação pessoal do sujeito responsabilizado ao referido ato.

REVISÃO DO LANÇAMENTO COM BASE EM ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL. DESCABIMENTO DA APLICAÇÃO DO ART. 24 DA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO (LINDB).

As hipóteses de revisão do lançamento já se encontram reguladas no Código Tributário Nacional, não sendo, pois, cabível a aplicação do art. 24 da LINDB para desconstituir uma exigência fiscal com fundamento na orientação jurisprudencial vigente à época dos fatos.

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2013, 2014

ÁGIO. AMORTIZAÇÃO FISCAL. DEMONSTRAÇÃO DO FUNDAMENTO ECONÔMICO.

Procedente a glosa da amortização do ágio quando não há demonstração do fundamento econômico do ágio efetivamente pago pela investidora, na aquisição de investimentos no Brasil.

ÁGIO. TRANSFERÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. REAL INVESTIDORA.

O ágio, supostamente incorrido na aquisição de participação societária de pessoa jurídica domiciliada no exterior, não pode ser transferido por meio de aumento de capital e quitação de dívida, seja porque não foi quem efetivamente suportou o pagamento de ágio, seja por absoluta ausência de previsão legal.

MULTA DE OFÍCIO. QUALIFICAÇÃO. IMPROCEDÊNCIA.

Inexistindo nos autos elementos de convicção que possam servir de suporte para a exasperação da multa aplicada, há que se reduzir o percentual correspondente.

MULTA ISOLADA. FALTA/INSUFICIÊNCIA DO RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVAS MENSAIS.

Constatada a falta/insuficiência do recolhimento das estimativas devidas, fica a pessoa jurídica sujeita à multa de ofício isolada sobre os valores inadimplidos.

MULTA ISOLADA. INCIDÊNCIA.

O artigo 44, da Lei nº 9.430, de 1996, prevê as infrações por falta de recolhimento de antecipação e de pagamento do tributo ou contribuição (definitivos). Não significa duplicidade de tipificação de uma mesma infração ou penalidade. Ao tipificar essas infrações o artigo 44 da Lei nº.9.430, de 1996, demonstra estar tratando de obrigações, infrações e penalidades tributárias distintas, que não se confundem e não se excluem.

Assunto: Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL

Ano-calendário: 2013, 2014

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. TRIBUTAÇÃO REFLEXA.

O resultado do julgamento do Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica -IRPJ aplica-se em relação à CSLL lançada em decorrência das mesmas infrações.

Cientificada da decisão de primeira instância em e 23/09/2019 por acesso ao documento (e-fl. 4310), a Interessada interpôs recurso voluntário, protocolado em 22/10/2019 (e-fl. 4320), em que requer a nulidade do acórdão por cerceamento do direito de defesa por: i) Omissão/Equívoco cometido pela C. DRJ quanto ao Estudo de Avaliação elaborado pelo Banco Goldman Sachs; ii) Ágio Loma Negra - Inovação do Lançamento Fiscal quanto à Suposta Ausência de Incorporação entre as Empresas Investida e Investidora; iii) Ágio Cimpor - Inovação do Lançamento Fiscal quanto ao Suposto Descumprimento do Requisito da "Confusão Patrimonial"; e repete os fundamentos de sua impugnação. Os responsáveis solidários apresentaram petição clamando para, na hipótese de ser conhecido e provido o recurso de ofício, o regular julgamento de todos os argumentos expostos na Impugnação, não analisados.

## VOTO

Conselheiro Lizandro Rodrigues de Sousa, Relator.

O recurso voluntário ao CARF é tempestivo, e portanto dele conheço.

Nos termos do Decreto nº 70.235/1972, art. 34, inc. I e da Portaria MF nº 02/2023, cabe recurso de ofício (remessa necessária) ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) sempre e quando “a decisão exonerar sujeito passivo do pagamento de tributo e encargos de multa, em valor total superior a R\$ 15.000.000,00 (quinze milhões de reais).”

Assim, em atenção à previsão dos dispositivos retromencionados e em convergência com a Súmula CARF nº 103, que prevê que “para fins de conhecimento de recurso de ofício, aplica-se o limite de alçada vigente na data de sua apreciação em segunda instância”, verifica-se que os valores exonerados, somente os pertinentes à diferença da multa qualificada para a de 75% (e-fls. 702/703), estão acima do limite legal. Desta forma, conheço do recurso de Ofício.

## Das nulidades

A Recorrente alega haver nulidade no acórdão recorrido por cerceamento do direito de defesa por:

i) Ágio Loma Negra - Omissão/Equívoco cometido pela C. DRJ quanto ao Estudo de Avaliação elaborado pelo Banco Goldman Sachs:

Afirma a Recorrente que a DRJ fundamentou que a demonstração elaborada pelo Banco Goldman Sachs (aquisição das empresas Gaby 1, Gaby 2 e Gaby 3) não poderia ser utilizada para comprovar que o ágio gerado na operação teve como fundamento a expectativa de rentabilidade futura na medida em que referido estudo foi apresentado tão somente em inglês. Mas, que a DRJ não viu que a tradução foi juntada pela Impugnante (e-fls. 2.651/2.655). Nos termos da Recorrente:

(...)

Às fls. 45 e 46 da decisão recorrida, a C. Turma Julgadora *a quo* alega que a demonstração elaborada pelo Banco Goldman Sachs em 29 de março de 2005 (à época da aquisição das empresas Gaby 1, Gaby 2 e Gaby 3) não poderia ser utilizada para comprovar que o ágio gerado na operação em apreço tem como fundamento a expectativa de rentabilidade futura do investimento, para fins do disposto no § 3º do artigo 385 do Decreto nº 3.000/99 (Regulamento do Imposto de Renda - "RIR/99"), na medida em que **referido estudo foi apresentado supostamente (e tão somente) em inglês pela Recorrente.**

No entender da C. DRJ, *"quaisquer documentos trazidos pelo sujeito passivo, pelo simples fato de se apresentarem em língua estrangeira sem a correspondente tradução, firmada por tradutor juramentado, não podem ser aceitos como comprovação"* (fl. 47 do acórdão recorrido).

Ocorre que, contudo, **a Recorrente apresentou o estudo de avaliação, elaborado pelo Banco Goldman Sachs, devidamente traduzido para o português, tal como determinada a legislação de regência.** É o que se observa do documento anexo à Impugnação, intitulado "Doc. 04", o qual foi devidamente juntado aos presentes autos, às fls. 2.651 a 2.655.

Logo, resta evidente o erro cometido pela C. Delegacia de Julgamento, devendo ser reconhecida a **nulidade do acórdão ora recorrido.** Isso porque **a não apreciação do laudo elaborado por terceiro independente à época dos fatos, sob o argumento de que este foi apresentado somente em língua estrangeira, resultou na equivocada manutenção da glosa realizada pela Autoridade Fiscal,** o que não pode ser admitido por esse E. CARF.

De fato houve o lapso da DRJ, visto que o estudo de avaliação, elaborado pelo Banco Goldman Sachs, devidamente traduzido para o português, foi juntado aos presentes autos às fls. 2.651/2.655.

Mas, não procede a afirmação da Recorrente de que a falta de apreciação do documento *"resultou na (...) manutenção da glosa realizada pela Autoridade Fiscal"*. Isto por que, apesar da DRJ haver reportado no voto condutor que uma das razões da glosa da despesa com o ágio Loma Negra foi que *"o laudo de avaliação elaborado pela KPMG, que justificou este ágio, teria sido*

*apresentado anos depois da transação*”, a principal causa (e que isoladamente é suficiente para negar a dedução do ágio) para que a DRJ entendesse que é cabível a glosa do ágio efetuada pela Fiscalização foi que “não foi a Impugnante quem adquiriu a participação com ágio” e que a legislação não autoriza que tal ágio seja aqui “transferido”, no momento posterior à aquisição da participação, para efeito de apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL da empresa **CCC**. Nos termos da DRJ:

Por conseguinte, a despeito da tentativa da empresa CCSA de transferir para a sua controlada **CCC** o ágio pago, a legislação não autoriza que tal ágio seja aqui transferido, no momento posterior à aquisição da participação, para efeito de apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL da empresa **CCC**.

(...)

Além disso, **e ainda mais relevante**, verifica-se que não foi a Impugnante quem adquiriu a participação com ágio. Os artigos 385 e 386 do RIR/99 dispõem que a amortização do ágio, gerado após a aquisição de participação societária, é permitida apenas a quem adquiriu tal investimento com sobrepreço, não sendo possível transferi-lo a outro por meio de aumento de capital e pagamento de dívida por ausência de previsão legal. (Destaquei)

Neste sentido deve-se trazer aqui a conclusão da Autoridade Fiscal, trazida em TVF e reproduzida no Relatório da DRJ (em excerto do Acórdão nº 1302-00.834), de que “*a discussão acerca do fundamento econômico ágio só se apresentaria relevante se não estivesse em discussão, também, a própria titularidade do dispêndio (ágio)*” (e-fl. 4251). Nos termos relatado pela DRJ:

Nesse mesmo sentido, manifestou-se o CARF, em 14/03/2012, no Acórdão nº 1302-00.834, emanado pela 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária, referente ao processo no 10880.721862/2010-45 (tratou da mesma matéria na empresa fiscalizada, no ano-calendário de 2005, primeiro ano de amortização do ágio das “Gaby's”):

“**ÁGIO**

*A autoridade fiscal relata os seguintes fatos:*

- 1. no primeiro semestre de 2005, a pessoa jurídica CAMARGO CORRÊA S/A, CNPJ nº 01.098.905/0001-09, controladora da atuada, manteve negociações com pessoas físicas e jurídicas visando adquirir o controle da pessoa jurídica LOMA NEGRA CIA S/A.;*
- 2. para a concretização do negócio, foram constituídas três pessoas jurídicas (GABY 1, GABY 2 e GABY 3);*
- 3. em 30 de junho de 2005, por meio de contrato de COMPRA E VENDA DE AÇÕES, a CAMARGO CORRÊA S/A adquiriu as ações das pessoas jurídicas GABY 1, GABY 2 e GABY 3, passando a deter indiretamente 100% das ações da pessoa jurídica HOLDTOTAL S/A e 93,43% das ações da pessoa jurídica LOMA NEGRA;*
- 4. em 30 de novembro de 2005, a CAMARGO CORRÊA S/A transferiu a titularidade das suas ações das pessoas jurídicas GABY 1, GABY 2 e GABY 3 para a fiscalizada, sua controlada, por meio de aumento de capital e pagamento de uma dívida que*

*tinha com a pessoa jurídica CAUÊ INVESTMENTS LIMITED, transferida para a fiscalizada por meio de sub-rogação;*

*5. ao adquirir GABY 1, GABY 2 e GABY 3, a CAMARGO CORRÊA S/A pagou um ágio de R\$ 1.571.603.219,37, e, ao transferir a titularidade das citadas empresas para a fiscalizada, o fez transferindo, também, o referido ágio;*

*6. em 1º de dezembro de 2005, a fiscalizada incorporou as empresas GABY 1, GABY 2 e GABY 3, passando a amortizar o ágio referenciado.*

*Diante de tais fatos, a autoridade fiscal, destacando que o procedimento fiscalizatório envolvia tão somente os atos praticados pela empresa CAMARGO CORRÊA CIMENTOS S/A, concluiu pela ilicitude da dedução.*

*Para tanto, serviu-se, em apertada síntese, dos seguintes argumentos:*

*a) na dedução do ágio, a fiscalizada não observou as condições impostas pela legislação (arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997);*

*b) os documentos apresentados pela fiscalizada mencionam que o ágio teve por fundamento econômico o valor de rentabilidade da empresa LOMA NEGRA, com base em previsão de resultados de exercícios futuros, desprezando, com isso, o FUNDO DE COMÉRCIO da referida empresa;*

***c) o ágio foi efetivamente pago pela empresa CAMARGO CORRÊA S/A, e não pela fiscalizada, inexistindo, na legislação, norma que autorize transferência da referida despesa em momento posterior a aquisição da participação;***

***d) sendo as empresas GABY 1, GABY 2 e GABY 3 sociedades estrangeiras que não funcionaram no país, resta impossibilitada a amortização do ágio e, por consequência, a redução das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, ex vi do disposto no parágrafo 1º do art. 389 do RIR/99.***

*Como se vê, a autoridade autuante serviu-se de quatro fundamentos para sustentar a autuação.*

***Tenho, pois, que dois desses fundamentos não procedem. Com efeito, a discussão acerca do fundamento econômico ágio só se apresentaria relevante se não estivesse em discussão, também, a própria titularidade do dispêndio (ágio). Penso que as razões descritas nas letras “a” e “c” acima se complementam, mas, conflitam com a referenciada pela letra “b”, ou seja, se o ágio não é passível de amortização em virtude de a contribuinte não se enquadrar nas disposições da lei, vez que não foi ela quem suportou a despesa com ágio, perde relevância discutir o fundamento econômico desse mesmo ágio. (Destaquei)***

Desta forma, não cabe a declaração de nulidade, tendo-se em vista a manutenção da glosa da dedução do ágio Loma negra pelas razões apresentadas no voto a seguir: não foi a Recorrente quem adquiriu a participação com ágio e a legislação não autoriza que tal ágio seja transferido a outra empresa do grupo, em momento posterior à aquisição da participação, para efeito de apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL.

**ii) Ágio Loma Negra** - Inovação do Lançamento Fiscal quanto à Suposta Ausência de Incorporação entre as Empresas Investida e Investidora;

A Recorrente afirma que a DRJ inovou os fundamentos do lançamento. Isto porque a DRJ teria apresentado um fundamento novo para a glosa do ágio: a constatação de que a empresa objeto do investimento (Loma Negra) não foi incorporada com a impugnante. Nos termos da Recorrente:

Ao analisar as operações que culminaram na geração do Ágio Loma Negra, a C. DRJ entendeu que *"nem mesmo a empresa investida foi incorporada. A empresa objeto do investimento foi a Loma Negra, a qual não foi incorporada com a impugnante (nem com a real investidora, a CCSA"* (fl. 49 da decisão ora recorrida - g.n.).

Contudo, da análise da fundamentação contida no Termo de Verificação Fiscal, não se verifica qualquer alegação quanto à suposta ausência de incorporação entre o investimento e a Recorrente, mas tão somente a acusação fiscal de suposta impossibilidade de transferência do ágio pelo investidor original, pela alegada ofensa aos artigos 385 e 386 do RIR/99.

Ou seja, para manter a autuação fiscal ora combatida, a C. DRJ inovou os fundamentos do lançamento, o que não pode ser admitido por esse E. CARF.

Não houve inovação. Isto porque a conclusão da DRJ, de que não houve a incorporação entre o investimento e a Recorrente é uma interpretação legal diante dos fatos apresentados e uma consequência lógica do fundamento trazido pela autoridade fiscal para a glosa, de que a legislação (artigos 385 e 386 do RIR/99) não permite a constatada transferência do ágio (sem o investimento) pelo investidor original. Ou seja, se a legislação permitisse a transferência do ágio, a situação verificada (falta de incorporação entre o investimento e a Recorrente) permitiria a dedução.

**iii) Ágio Cimpor** - Inovação do Lançamento Fiscal quanto ao Suposto Descumprimento do Requisito da "Confusão Patrimonial";

A Recorrente afirma que a DRJ inovou os fundamentos do lançamento. Isto porque a DRJ teria apresentado um fundamento novo - descumprimento do requisito da "Confusão Patrimonial" - para a glosa do ágio (Ágio Cimpor). Nos termos da Recorrente:

(...)

Conforme se depreende da leitura do Termo de Verificação Fiscal, a Autoridade Fiscal afirmou que a Recorrente teria reduzido indevidamente os resultados tributáveis do IRPJ e da CSLL, no anos-calendário de 2013 e 2014, em razão da amortização do Ágio Cimpor, sob o argumento de que Sociedade de Cimentos Luso-Brasileira Participações Ltda. ("Luso-Brasileira") corresponderia a uma empresa veículo, sem propósito comercial, cujo único intuito seria "internalizar" o ágio gerado na aquisição pela Corporación Noroeste S/A ("Noroeste"), e, assim, permitir a sua amortização pela Recorrente.

Confira-se a conclusão a que chega a Fiscalização:

(...)

A Turma Julgadora, por sua vez, entendeu pela impossibilidade de aproveitamento fiscal do Ágio Cimpor sob a alegação de que " *foi descumprido o requisito da confusão patrimonial de patrimônio entre a incorporada e incorporadora, previsto especificamente no art. 386 do RIR*" (fl. 42 da decisão recorrida).

Assim, de forma totalmente inovadora, a **C. Turma Julgadora a quo acabou fundamentando o seu voto em um ponto novo**, que em momento algum foi suscitado pela Autoridade Fiscal, qual seja o suposto descumprimento do requisito da confusão patrimonial.

Não houve inovação. Isto porque a conclusão da DRJ, de que não houve confusão patrimonial de patrimônio entre a incorporada e incorporadora, previsto especificamente no art. 386 do RIR/99 é uma interpretação deste dispositivo e uma consequência lógica, diante dos fatos apresentados, do fundamento trazido pela autoridade fiscal para a glosa, de que a legislação (artigos 385 e 386 do RIR/99) não permite a constatada transferência do ágio pelo investidor original (Corporacion Noroeste S.A.), através da internalização do ágio pago na aquisição das empresas ATOL e CIMEPA, valendo-se da criação da empresa LUSO (empresa veículo). Ou seja, se a legislação permitisse a transferência do ágio, mesmo com a situação verificada (falta de confusão patrimonial de patrimônio entre a incorporada e incorporadora, previsto especificamente no art. 386 do RIR) permitir-se-ia a dedução.

A Interessada interpôs recurso voluntário, em que, além de requerer a nulidade do acórdão por cerceamento do direito de defesa, repete os fundamentos de sua impugnação. Por aderir plenamente aos fundamentos da DRJ na apreciação dos mesmos reclamos, inclusive quanto ao recurso de ofício (desoneração das responsabilidades e agravamento da multa), e com as ressalvas retro apresentadas neste voto, reproduzo a decisão Primeira Instância como razão de decidir:

#### JURISPRUDÊNCIA

Em relação à jurisprudência, cabe destacar que decisões judiciais e administrativas não atinentes ao caso concreto, eventualmente apresentadas nos autos como paradigmas jurisprudenciais, são, em verdade, atos jurídicos que produzem efeitos interpartes, não tendo eficácia *erga omnes* e não constituem legislação tributária, à luz do CTN, artigos 96 e 100. Por conseguinte, não vinculam esta instância julgadora, conforme a dicção do artigo 472 do Código de Processo Civil (CPC), a "*sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros*".

#### PRELIMINARES

##### CONTRARIEDADE AO ART. 146 DO CTN

Preliminarmente, a contribuinte solicita a nulidade dos autos de infração sob a alegação de que a autuação fiscal teria contrariado o artigo 146 do CTN, estabelecendo um novo critério jurídico, uma vez que teriam outras autuações que partiram da mesma realidade fática que a presente, sem que a Fiscalização qualificasse a multa de ofício.

Entretanto, a nulidade só é caracterizada nos termos do art. 59 do Decreto

nº 70.235/1972:

*Art. 59. São nulos:*

*I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;*

*II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.*

Outrossim, os lançamentos passíveis de nulidade são os realizados por autoridade incompetente ou preterição de direito, nos termos do art. 59, I e II, do Decreto nº 70.235/72, ou com ausência de algum dos requisitos essenciais do auto de infração, fixados no art. 10 do PAF:

*Art. 10. O auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, e conterà obrigatoriamente:*

*I - a qualificação do atuado;*

*II - o local, a data e a hora da lavratura;*

*III - a descrição do fato;*

*IV - a disposição legal infringida e a penalidade aplicável;*

*V - a determinação da exigência e a intimação para cumpri-la ou impugná-la no prazo de trinta dias;*

*VI - a assinatura do atuante e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula.*

Ademais, o fato de em anos anteriores a Fiscalização não ter qualificado a multa, não impede que, posteriormente, em uma análise aprofundada encontre elementos para qualificar a multa. Neste caso, deve aplicar a qualificação. É o que dispõe o art. 142 do Código Tributário Nacional:

*Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.*

Ou seja, de acordo com o artigo 142 do CTN, compete à autoridade fiscal constituir o crédito tributário pelo lançamento, verificando a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente e, em sendo o caso, propor a aplicação da penalidade cabível. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

Portanto, uma vez que os autos de infração não foram lavrados por pessoa incompetente e também não ocorreu preterição do direito de defesa, plenamente exercido pelos interessados em suas impugnações, rejeito a alegação de nulidade.

APLICABILIDADE DO ART. 24 DA LINDB

A Impugnante defende que a autuação fiscal deve ser cancelada em função do disposto no art. 24 da LINDB, por ter agido de acordo com a jurisprudência do CARF e orientações da época.

Entretanto, tal artigo não é aplicável ao caso concreto.

A Lei nº 13.655/2018 alterou o art. 24 do Decreto-Lei nº 4.657/1.942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - "LINDB"), que dispõe:

*Art. 24. A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas.*

*Parágrafo único. Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público.*

O artigo 24 da LINDB trata de revisão de atos administrativos, processo administrativo ou norma administrativa. Rever corresponde a um reexame do ato administrativo.

O artigo 146 da Constituição Federal estabelece que a edição de normas gerais em matéria tributária é matéria reservada à lei complementar.

No caso específico do Direito Tributário, o lançamento está previsto no art. 142 do CTN:

*Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.*

*Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.*

Uma lei ordinária federal não tem o alcance de modificar a legislação tributária quanto ao lançamento e sua possibilidade de "revisão".

O objetivo da LINDB é o de evitar que situações plenamente constituídas possam ser consideradas como inválidas com base em mudança posterior de orientação geral. Tal risco inexistente na seara tributária, com relação ao lançamento, espécie do gênero ato administrativo, pois o artigo 146 do Código Tributário Nacional (CTN) prevê os limites à modificação nos critérios jurídicos, que só pode ser adotada quanto ao mesmo sujeito passivo para fatos geradores posteriores à introdução da modificação de critérios:

*Art. 146. A modificação introduzida, de ofício ou em consequência de decisão administrativa ou judicial, nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa no exercício do lançamento somente pode ser efetivada, em relação a um mesmo sujeito passivo, quanto a fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução.(Grifei).*

Ou seja, a segurança jurídica do lançamento tributário está plenamente garantida pelos dispositivos legais já existentes na legislação com força de lei complementar.

Ademais, o ato administrativo em questão não se completou, especialmente por ter sido impugnado pelo contribuinte. Outrossim, nem mesmo há como se falar em situação plenamente constituída - o que demonstra mais uma vez que a norma da LINDB não foi dirigida para o lançamento administrativo, mas para quando a Administração pratica ato que gera uma situação consolidada (licença, alvará, contrato ou pagamento), de forma que nesses casos mudança posterior de entendimento não pode afetar a situação consolidada que a própria Administração gerou.

Ademais, o Código Tributário Nacional (CTN) possui regras específicas sobre os atos e decisões dotados de caráter normativo, conforme expõe o art. 100:

*Art. 100. São normas complementares das leis, dos tratados e das convenções internacionais e dos decretos:*

*I - os atos normativos expedidos pelas autoridades administrativas;*

*II - as decisões dos órgãos singulares ou coletivos de jurisdição administrativa, a que a lei atribua eficácia normativa;*

*III - as práticas reiteradamente observadas pelas autoridades administrativas;*

*IV - os convênios que entre si celebrem a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.*

*Parágrafo único. A observância das normas referidas neste artigo exclui a imposição de penalidades, a cobrança de juros de mora e a atualização do valor monetário da base de cálculo do tributo.*

No caso do Código Tributário Nacional, a atividade revisional do lançamento está prevista no artigo 149:

*Art. 149. O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos:*

*I - quando a lei assim o determine;*

*II - quando a declaração não seja prestada, por quem de direito, no prazo e na forma da legislação tributária;*

*III - quando a pessoa legalmente obrigada, embora tenha prestado declaração nos termos do inciso anterior, deixe de atender, no prazo e na forma da legislação tributária, a pedido de esclarecimento formulado pela autoridade administrativa, recuse-se a prestá-lo ou não o preste satisfatoriamente, a juízo daquela autoridade;*

*IV - quando se comprove falsidade, erro ou omissão quanto a qualquer elemento definido na legislação tributária como sendo de declaração obrigatória;*

*V - quando se comprove omissão ou inexatidão, por parte da pessoa legalmente obrigada, no exercício da atividade a que se refere o artigo seguinte;*

*VI - quando se comprove ação ou omissão do sujeito passivo, ou de terceiro legalmente obrigado, que dê lugar à aplicação de penalidade pecuniária;*

*VII - quando se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação;*

*VIII - quando deva ser apreciado fato não conhecido ou não provado por ocasião do lançamento anterior;*

*IX - quando se comprove que, no lançamento anterior, ocorreu fraude ou falta funcional da autoridade que o efetuou, ou omissão, pela mesma autoridade, de ato ou formalidade especial.*

*Parágrafo único. A revisão do lançamento só pode ser iniciada enquanto não extinto o direito da Fazenda Pública.*

O Processo Administrativo Fiscal traz vários dispositivos que garantem e privilegiam a segurança jurídica como o contraditório e ampla defesa.

Por fim, o artigo 26-A do PAF contém vedações a aplicação de lei no âmbito do processo administrativo fiscal e só é excepcionado no caso de tratados, acordo internacional, lei ou ato normativo que tenha sido declarado inconstitucional pelo STF em decisão definitiva ou com dispensa legal de constituição do PGFN, súmula da AGU ou pareceres do Advogado-Geral da União aprovados pelo Presidente da República:

*Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.*

*(...)*

*§ 6º O disposto no caput deste artigo não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo: (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)*

*I - que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)*

*II - que fundamente crédito tributário objeto de: (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)*

*a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)*

*b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; ou (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)*

*c) pareceres do Advogado-Geral da União aprovados pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar n° 73, de 10 de fevereiro de 1993. (Incluída pela Lei n° 11.941, de 2009)*

De todo o exposto, concluo que a revisão do ato administrativo e a segurança jurídica em situações consolidadas, previstas no artigo 24 da LINDB, já estão contempladas no arcabouço legal que trata da atividade do lançamento e que a revisão do lançamento em sede administrativa está restrita à verificação de vícios que ensejam a sua nulidade.

Em todos os demais casos o lançamento regularmente impugnado segue rito próprio, estabelecido no PAF, o qual também já atende aos objetivos almejados pelo legislador da LINDB.

Portanto, descabe a alegação da Impugnante quanto à aplicabilidade do art. 24 da LINDB.

#### PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA VEDAÇÃO AO CONFISCO

Em relação à alegação de que teria ocorrido o confisco, vedado pela Constituição Federal, destaco que não compete à instância administrativa a análise de constitucionalidade da legislação tributária, conforme estabelece a Súmula CARF n. 02:

*Súmula CARF n° 2*

*O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.*

#### MÉRITO

A dedução do ágio efetuada pela Impugnante foi glosada pela Fiscalização em razão da não observância dos requisitos legais.

Em regra, desde a edição da Lei n° 9.532/97, a legislação fiscal não permite a dedução fiscal das contrapartidas da amortização do ágio decorrente de avaliação de investimentos pelo patrimônio líquido na determinação do lucro real.

A exceção está prevista no artigo 386 do RIR/99, que prevê a possibilidade de amortização do valor do ágio no seguinte caso: (i) pela pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, (ii) desde que o fundamento do ágio seja o valor de rentabilidade da coligada ou controlada, (iii) com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros.

Em relação ao ágio, os artigos 385 e 386 do RIR/99 dispõem neste sentido:

*Art. 385. O contribuinte que avaliar investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição em (Decreto-Lei n° 1.598, de 1977, art. 20):*

*1 - valor de patrimônio líquido na época da aquisição, determinado de acordo com o disposto no artigo seguinte; e*

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

*§ 2º O lançamento do ágio ou deságio deverá indicar, dentre os seguintes, seu fundamento econômico (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20, § 2º):*

*II - valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros;*

*III - fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.*

*§ 3º O lançamento com os fundamentos de que tratam os incisos I e II do parágrafo anterior deverá ser baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20, § 3º).*

*Art. 386. A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no artigo anterior (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, e Lei nº 9.718, de 1998, art. 10):*

*(...)*

*III - poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata o inciso II do § 2º do artigo anterior, 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;(grifei).*

No caso, devem ser analisados separadamente os dois ágios tratados durante a Fiscalização: ágio Cimpor e ágio Loma Negra. Depois, nos itens seguintes, serão analisados os pontos comuns.

#### **I - ÁGIO CIMPOR**

A Impugnante foi autuada pelo fato de ter incorporado, em 2013, a empresa Cimpor Cimentos do Brasil Ltda. - CCB, sendo que entre os anos-calendário de 2006 e 2012 a CCB amortizou indevidamente valores de ágio referentes às empresas Companhia de Cimento Atol - ATOL e Cia. Paraíba de Cimento Portland - Cimepar, e após a incorporação da CCB, a Impugnante continuou a amortizar os valores de ágio durante os anos-calendário de 2013 e 2014.

A Fiscalização efetuou a glosa, por considerar que:

- (i) ocorreu planejamento tributário abusivo, via empresa Noroeste (Espanha) que adquiriu a Atol e Cimepar;
- (ii) inexistência de laudo que comprovasse a expectativa de rentabilidade futura;
- (iii) criação de empresa-veículo, Luso-Brasileira, com breve existência;

(iv) internalização do ágio pago pela empresa estrangeira, Inversiones (sucessora da Noroeste) via integralização de capital na Luso-Brasileira (veículo) mediante conferência de bens com as ações das Atol e Cimepar;

(v) reorganização societária sem outro propósito negocial.

A Impugnante, por sua vez, alega que:

(i) a aquisição se deu entre partes independentes, decorrendo da aquisição das sociedades Atol, Cimepar e Goiás pelo grupo Cimpor da família Brennand, em 1999, com efetivo pagamento do preço estipulado e propósitos negociais não tributários;

(ii) não houve transferência de ágio do exterior, mas o registro de um ágio por empresa brasileira;

(iii) *ad argumentandum*, não há vedação legal à transferência de ágio.

Observa-se que o ágio amortizado decorre da aquisição pelo grupo Cimpor das empresas Atol e Cimepar, por meio da empresa espanhola Noroeste, sendo esta a efetiva adquirente da participação com ágio.

Destaque-se a cronologia dos fatos relevantes:

- 08/09/1999 - A empresa espanhola Corporación Noroeste S/A adquire a Atol e Cimepar, da família Brennand. Surge o ágio no valor de R\$ 468.903.358,32 (Atol) e R\$ 56.092.580,33 (Cimepar);

- 2002 - a Atol e Cimepar são transferidas para a Cimpor Inversiones S.L, também espanhola;

- 8/05/2004 - o grupo Cimpor constitui a Sociedade de Cimentos Luso-Brasileira Participações Ltda, com capital de R\$ 100,00.

- 22/07/2004 - a Inversiones aumenta e integraliza o capital social da Sociedade de Cimentos Luso-Brasileira Participações Ltda, transferindo as ações da Atol e Cimepar. A Luso registra um ágio no valor de R\$468.903.358,32 relativo a ATOL, e outro no montante de R\$ 56.092.580,33 relativo a CIMEPAR.

- 30/07/2004 - a Luso sofre uma cisão total e as parcelas cindidas passam para a Atol e Cimepar que recebem suas próprias ações e correspondentes ágios.

- 30/04/2006 - a Atol e a Cimepar são incorporadas pela CCB.

A partir desta última data, a Cimpor Cimentos do Brasil - CCB passou a amortizar valores de ágio referentes à aquisição da Atol e Cimepar. Em 28/02/2013 a Impugnante (Intercement) incorpora a CCB, e continua a amortizar o ágio durante os anos-calendário de 2013 e 2014.

Entretanto, não foram preenchidos os requisitos legais, previstos no art. 385 e 386 do RIR/99, para a dedutibilidade do ágio.

Ocorre que o ágio foi incorrido pela Noroeste, empresa espanhola, a qual foi a efetiva adquirente da Atol e da Cimpor, em 1999. No entanto, não foi esta a pessoa jurídica que incorporou as empresas adquiridas com ágio. Desta forma, foi descumprido o requisito da confusão de patrimônio entre incorporada e incorporadora, previsto especificadamente no art. 386 do RIR, já transcrito acima.

À vista do disciplinado nos arts. 385 e 386 do RIR/99, não resta dúvidas de que apenas a investidora ou a investida - não uma terceira pessoa jurídica interposta artificialmente -, pode beneficiar-se, quando da incorporação, fusão ou cisão de ambas, da amortização do ágio pago na aquisição, pois somente em relação a elas perfazem-se as condições estabelecidas em tais dispositivos legais para a fruição do benefício.

Se houver reorganização societária sem incorporação entre investidora e investida, não se caracteriza a exceção estabelecida pelo legislador, permanecendo indedutíveis as amortizações. Não se pode aceitar a dedutibilidade de um ágio transferido a pessoa jurídica diversa daquela que o efetivamente pagou. Neste sentido, destaca-se trecho do Acórdão nº 9101-003.532 - 1ª Turma, de 04/04/2018, da Câmara Superior de Recursos Fiscais do CARF:

*Ocorre que os sujeitos eleitos pela norma são precisamente a pessoa jurídica A (investidora) e a pessoa jurídica B (investida) cuja participação societária foi adquirida com ágio. Para fins fiscais, não há nenhuma previsão para que o ágio contabilizado na pessoa jurídica A (investidora), em razão de reorganizações societárias empreendidas por grupo empresarial, possa ser considerado "transferido" para a pessoa jurídica C, e a pessoa jurídica C, ao absorver ou ser absorvida pela pessoa jurídica B, possa aproveitar o ágio cuja origem deu-se pela aquisição da pessoa jurídica A da pessoa jurídica B.*

*Da mesma maneira, encontram-se situações no qual a pessoa jurídica A realiza aportes financeiros na pessoa jurídica C e, de plano, a pessoa jurídica C adquire participação societária da pessoa jurídica B com ágio. Em seguida, a pessoa jurídica C absorve patrimônio da pessoa jurídica B, ou vice versa, a passa a fazer a amortização do ágio.*

*Mais uma vez, não é o que prevê o aspecto pessoal da hipótese de incidência da norma em questão. A pessoa jurídica que adquiriu o investimento, que acreditou na mais valia e que desembolsou os recursos para a aquisição foi, de fato, a pessoa jurídica A (investidora). No outro pólo da relação, a pessoa jurídica adquirida com ágio foi a pessoa jurídica B. Ou seja, o aspecto pessoal da hipótese de incidência, no caso, autoriza o aproveitamento do ágio a partir do momento em que a pessoa jurídica A (investidora) e a pessoa jurídica B (investida) passem a integrar a mesma universalidade.*

O ágio registrado pela Luso-Brasileira decorreu da aquisição da Atol e da Cimepar pela Noroeste. O sobrepreço, portanto, foi efetivamente pago pela Noroeste, que foi a real investidora.

Ademais, também não foi cumprido outro dos requisitos previstos no art. 386 do RIR/99, pois não foi apresentado laudo que comprovasse que a aquisição com ágio baseou-se em expectativa de rentabilidade futura.

O artigo 386 do RIR/99, inciso III, dispõe que uma vez uma empresa controladora tendo absorvido o patrimônio de uma controlada, a qual tenha adquirido a participação societária com ágio, poderá amortizar o sobrepreço na apuração do lucro real se o seu fundamento econômico tiver sido a rentabilidade futura da participação societária adquirida.

O laudo elaborado pela Plan Review Consultoria (fls. 3096/3097) em 30/09/2005 e os laudos de avaliação da Planconsult (fls. 3.111/3.163), de 29/06/2004, não servem para justificar o fundamento econômico do ágio pago com base na rentabilidade futura da Atol e da Cimepar, e, assim, autorizar a dedutibilidade dessa "mais valia". Como o laudo não foi elaborado à época em que o ágio foi pago, e sequer se refere a tal época, não há como esse documento ser aceito para a finalidade pretendida pelo recorrente.

No mesmo sentido, o documento Projeto Brasil 500 - Modelo de Aquisição, de 10 de agosto de 1999 (fls. 2992/3012) não traz referências à aquisição da Atol e Cimepar. Portanto, deve-se considerar que esse documento não se coaduna com o requisito à dedutibilidade imposto pela lei.

De fato, em que pese a Noroeste ter adquirido as ações da Atol e da Cimepar, com o pagamento de ágio, no dia 08/09/1999, o laudo trazido para justificar o fundamento econômico dessa "mais valia" foi elaborado somente em 29/06/2004.

Portanto, o Impugnante não logrou demonstrar o fundamento econômico exigido pela lei do ágio pago pela Noroeste quando da aquisição das ações da Atol e da Cimepar. Não consta dos autos qualquer documento prévio ao seu pagamento que ateste a sua fundamentação na rentabilidade futura da empresa. Não há no processo qualquer elemento que ateste o elemento volitivo do Grupo Cimpor quando da aquisição das ações da Atol e da Cimepar.

Para ser dedutível, o ágio deve cumprir determinados requisitos legais. No caso, não foram cumpridos os seguintes requisitos:

- 1 - ausência de confusão patrimonial entre a real investidora e as investidas.
- 2 - ausência de documento que ateste de forma válida o seu fundamento econômico na rentabilidade futura dos investimentos adquiridos;

Por fim, embora o ágio já deva ser considerado indedutível pelos motivos acima expostos, ainda se tem de destacar que a Impugnante utilizou-se de uma empresa veículo para tentar criar uma situação artificial que desse a aparência de se estar cumprindo a legislação. A Luso-Brasileira, criada em 28/05/2004, com capital social de R\$ 100,00, teve seu capital aumentado, em 22/07/2004, para R\$ 909 milhões, registrando o ágio que havia sido adquirido pela Noroeste e transferido para a Inversiones, e em 30/07/2004 foi cindida, passando sua participação para a Atol e

a Cimepar, ou seja a Luso-Brasileira durou meros dois meses e serviu apenas para internalizar o ágio. Ora, como visto, a empresa-veículo Luso-Brasileira nem mesmo pode ser considerada como a efetiva adquirente, de forma que incabível a alegação de que a participação societária adquirida com ágio pela veículo deveria ser reconhecida.

Descabe também a alegação da Impugnante de ingerência do Fisco nas atividades do contribuinte. Este tem liberdade de organizar seu negócio. Ressalte-se que, no caso, o Fisco não está a interferir na atuação profissional ou negocial dos particulares, mas apenas afastando o efeito tributário, concluindo pela improcedência da dedução efetuada pela Impugnante na apuração de seu resultado tributário a título de ágio.

Na mesma linha, o contribuinte menciona que a única norma que poderia ter sido aventada para a desconsideração de uma operação sem substância econômica seria o parágrafo único, do art. 116 do CTN, mas que esta norma não poderia ser aplicada, visto a ausência de lei ordinária que a regulamentasse. Ocorre que o dispositivo citado não serviu de base para a atuação. O que houve, na prática, foi uma desqualificação do efeito tributário dos atos realizados pelo contribuinte, posto que este não poderia ter deduzido o ágio, por não ter cumprido os requisitos legais para tanto, ou seja, por ter descumprido a determinação legal.

Em relação à alegação de que a internalização do ágio não seria vedada pela legislação, mais uma vez destaca-se que a indedutibilidade do ágio decorre do fato de não terem sido cumpridos os requisitos legais para tanto, até mesmo porque o patrimônio da efetiva investidora adquirente - Corporacion Noroeste - não se confundiu com o das empresas investidas. Descabe, portanto, o questionamento de desrespeito à Convenção destinada a Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Elisão Fiscal em Matéria de Impostos sobre a Renda Brasil-Espanha.

Portanto, verificado o não cumprimento dos requisitos legais para a dedutibilidade do ágio, correta a glosa efetuada pela Fiscalização.

## **II - ÁGIO LOMA NEGRA**

Em relação ao denominado ágio Loma Negra, a Fiscalização glosou as despesas com a amortização do ágio gerado com a aquisição das empresas Gaby 1, Gaby 2 e Gaby 3, pois:

- (i) o fundamento econômico teria sido o valor de fundo de comércio e intangíveis ao invés da expectativa de rentabilidade futura;
- (ii) o laudo de avaliação elaborado pela KPMG, que justificou este ágio, teria sido apresentado anos depois da transação;
- (iii) a amortização do ágio não atende ao disposto nos artigos 385 e 386 do RIR, pois foi feita de forma indevida pela impugnante, uma vez que a aquisição das empresas Gaby's não foi feita por ela.

A Impugnante, por sua vez, aduz que:

(i) a Fiscalização não desconsiderou os estudos apresentados nem fez prova de que o fundamento econômico seria a aquisição de fundo de comércio, e que sob o ponto de vista contábil, Fundo de comércio e expectativa de rentabilidade futura seriam sinônimos.

(ii) a aquisição com ágio das empresas Gaby's pela CCSA teve como fundamento econômico a expectativa de rentabilidade futura baseado no estudo elaborado pelo Banco Goldman Sachs, devidamente apresentado à fiscalização, e apenas ratificado posteriormente pelo laudo de avaliação elaborado pela KPMG.

(iii) a legislação não veda a transferência da participação adquirida com ágio à título de aumento de capital e pagamento de dívida, feita da CCSA para a contribuinte, e que, portanto, o fato de não haver lei que proíba tal operação representa a possibilidade de sua implementação, e o ágio acompanha a transferência da participação nas empresas.

(iv) alega ainda que a integralização de capital na Impugnante dá ensejo ao nascimento de um novo ágio, o qual também preenche todos os requisitos de validade e sua amortização fiscal é plenamente legítima.

Apesar do alegado pela Impugnante, é cabível a glosa do ágio efetuada pela Fiscalização.

Em 09 de novembro de 2005 a empresa Camargo Corrêa S/A (CCSA) adquiriu, com pagamento de ágio, empresas sediadas no exterior Gaby 1, Gaby 2 e Gaby 3, as quais detinham ações da Holdtotal S/A e Loma Negra C.I.A. S.A. O ágio incorrido teve o valor de R\$ 1.571.630.219,37.

A impugnante alega que a demonstração que embasou a escrituração do ágio pela CCSA, nos termos do parágrafo 3º do artigo 385 do RIR/99, foi o estudo feito pelo Banco Goldman Sachs em 29 de março de 2005 (fls. 2.659/2.667) e que foi, posteriormente, ratificado pelo laudo de avaliação elaborado pela KPMG em 18 de junho de 2010.

O ágio com base na rentabilidade futura deveria ser baseado em demonstração, conforme determinava a redação do art. 385 do RIR/99, repete-se:

*Art. 385. O contribuinte que avaliar investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição em (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20):*

*1 - valor de patrimônio líquido na época da aquisição, determinado de acordo com o disposto no artigo seguinte; e*

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

*§ 2º O lançamento do ágio ou deságio deverá indicar, dentre os seguintes, seu fundamento econômico (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20, § 2º):*

*II - valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros;*

*III - fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.*

*§ 3º O lançamento com os fundamentos de que tratam os incisos I e II do parágrafo anterior deverá ser baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20, § 3º). (Grifei).*

Ocorre que, no caso, a apresentação do Banco Goldman Sachs foi apresentada em inglês (fls. 2.659/2.667). Os documentos em língua estrangeira, para terem sua validade reconhecida, devem estar traduzidos por tradutor juramentado, conforme dispõem o artigo 224 do atual Código Civil (Lei nº 10.406/2002), os artigos 157 do Código de Processo Civil, os artigos 129, §6º, e 148 da Lei nº 6.015/73 (que dispõe sobre os registros públicos), e o artigo 18 do Decreto nº 13.609/43 (que regulamenta o ofício de tradutor público), a seguir transcritos:

*Código Civil (Lei nº 10.406/2002):*

*Art. 224. Os documentos redigidos em língua estrangeira serão traduzidos para o português para ter efeitos legais no País.*

*Código de Processo Civil:*

*Art. 157 - Só poderá ser junto aos autos documento redigido em língua estrangeira, quando acompanhado de versão em vernáculo, firmada por tradutor juramentado.*

*Lei nº 6.015, de 31/12/1973:*

*Art. 129. Estão sujeitos a registro, no Registro de Títulos e Documentos, para surtir efeitos em relação a terceiros:*

*(...)*

*6º). todos os documentos de procedência estrangeira, acompanhados das respectivas traduções, para produzirem efeitos em repartições da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios ou em qualquer instância, juízo ou tribunal;*

*(...)*

*Art. 148. Os títulos, documentos e papéis escritos em língua estrangeira, uma vez adotados os caracteres comuns, poderão ser registrados no original, para o efeito da sua conservação ou perpetuidade. Para produzirem efeitos legais no País e para valerem contra terceiros, deverão, entretanto, ser vertidos em vernáculo e registrada a tradução, o que, também, se observará em relação às procurações lavradas em língua estrangeira.*

*Decreto n° 13.609/1943:*

*Art. 18. Nenhum livro, documento ou papel de qualquer natureza que for exarado em idioma estrangeiro, produzirá efeito em repartição da União, dos Estados ou dos Municípios, em qualquer instância, juízo ou Tribunal ou entidades mantidas, fiscalizadas ou orientadas pelos poderes públicos, sem ser acompanhado da respectiva tradução feita na conformidade desse regulamento.*

À luz dos diplomas legais transcritos, infere-se que a legislação impõe condições para que documentos e, mais especificamente no caso em comento, provas documentais redigidas em idioma estrangeiro tenham validade no Brasil e em repartições da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios ou em qualquer instância, juízo ou tribunal.

Por conseguinte, quaisquer documentos trazidos pelo sujeito passivo, pelo simples fato de se apresentarem em língua estrangeira sem a correspondente tradução, firmada por tradutor juramentado, não podem ser aceitos como comprovação de pagamento válido de tributo no exterior.

Já o "Estudo de Valor das empresas Gaby 1 Holding LLC, Gaby 2 Holding, LLC e Gaby 3 Holding LLC" (fls. 494/533), de 18/06/2010, pelo qual a KPMG efetua um estudo de valor das Gaby's na data-base de 2005, não pode ser aceito como laudo capaz de justificar a rentabilidade futura para aquisição com ágio efetuada em 2005. A própria auditoria faz várias ressalvas quanto ao escopo do trabalho efetuado por ela:

*Notas importantes e limitações de escopo:*

*Nosso trabalho não incluiu a análise e recomendação do tratamento contábil e fiscal que deveria ter sido dado aos ágios e não determinou quais prazos de amortização deveriam ter sido utilizados.*

*Os trabalhos objeto deste estudo foram realizados pela KPMG sob orientação técnica e de forma independente. Entretanto, a análise dos diversos dados que foram considerados para fins de avaliação da Loma Negra e das Empresas, por sua natureza, demandam atuação subjetiva para que os trabalhos possam ser levados a termo, o que também torna possível.*

*Não foi parte também do nosso trabalho a avaliação da estrutura da Transação e da dedutibilidade do ágio realizadas no passado e adotadas para a realização da aquisição, nem de sua implementação.*

*Ressaltamos que o escopo do trabalho não incluiu a elaboração de nova avaliação econômico-financeira da Loma Negra, assim como das Empresas, mas apenas a formalização do estudo de rentabilidade futura feito quando da Transação. Nesse sentido não somos responsáveis pelas premissas de projeções do estudo de rentabilidade futura da Loma Negra.*

Os Laudos de Avaliação efetuados pela Deloitte para justificar o valor contábil das referidas empresas Gaby's (fls. 2.635/2.646) não são, também, suficientes per si para se considerar cumprido o requisito legal do art. 385 do RIR/99.

Desta forma, entendo que não ficou demonstrada, para fins de permitir a dedutibilidade do ágio conforme o exigido pela legislação, que a justificativa para o sobrepreço pago na aquisição das empresas Gaby's foi a expectativa de rentabilidade futura da empresa Loma Negra.

Além disso, e ainda mais relevante, verifica-se que não foi a Impugnante quem adquiriu a participação com ágio. Os artigos 385 e 386 do RIR/99 dispõem que a amortização do ágio, gerado após a aquisição de participação societária, é permitida apenas a quem adquiriu tal investimento com sobrepreço, não sendo possível transferi-lo a outro por meio de aumento de capital e pagamento de dívida por ausência de previsão legal. Repete-se o art. 386 do RIR/99:

*Art. 386. A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no artigo anterior (Lei n° 9.532, de 1997, art. 7°, e Lei n° 9.718, de 1998, art. 10):*

(...)

*III - poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata o inciso II do § 2° do artigo anterior, 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;(grifei).*

Entretanto, quem adquiriu 100% das ações das holdings Gabyl, Gaby 2 e Gaby 3, em **09/11/2005**, foi a Camargo Corrêa S.A. (CCSA), a controladora da Impugnante. A CCSA foi a empresa que comandou os estudos de rentabilidade futura do investimento a ser adquirido e desembolsou os recursos para a aquisição das Gaby's.

Apenas após a aquisição, em **30/11/2005**, a empresa CCSA, por meio de aumento de capital e quitação dívida, transferiu a titularidade da totalidade das suas ações das empresas Gaby1, Gaby2 e Gaby3 para sua controlada, a Impugnante. A Impugnante, portanto, não foi a real adquirente e nem arcou com os custos da aquisição da Gaby 1, Gaby 2 e Gaby 3.

Verifica-se que somente na referida data de **01/12/2005** a Impugnante incorporou as empresas Gaby1, Gaby2, Gaby3, conforme Ata da Assembléia Geral Extraordinária, realizada nesta data, iniciando a indevida amortização do ágio nesse mesmo mês, no valor mensal de R\$ 16.371.148,13 resultando em R\$ 196.453.777,56 por ano.

Não é qualquer pessoa que pode se aproveitar do ágio, mas apenas a investidora originária que efetivamente adquiriu a participação com sobrepreço, o que não ocorreu no caso. Apesar da incorporação das empresas Gaby 1, Gaby 2 e Gaby 3,

realizada pela Impugnante (à época denominada Camargo Correa Cimentos S/A) em **01/12/2005**, como não foi ela quem adquiriu as empresas, a situação fática não se enquadra na previsão legal que permite a amortização do valor do ágio. Concluiu-se que não ocorreu a fusão do patrimônio da investidora (que no caso foi a Camargo Correa S/A - CCSA) com as investidas, ou seja, uma não absorveu o patrimônio da outra.

Só isso já seria suficiente para invalidar a amortização do ágio efetuada pela Impugnante.

Entretanto, destaco, mais ainda, que nem mesmo a empresa investida foi incorporada. A empresa objeto do investimento foi a Loma Negra, a qual não foi incorporada com a Impugnante (e nem com a real investidora, a CCSA).

Neste sentido, adoto o posicionamento do Acórdão da Câmara Superior de Recursos Fiscais nº 9101-0003.397 - 1ª Turma, de 5 de fevereiro de 2018, que trata do ágio em questão, referente ao ano-calendário de 2006, do qual destaco o seguinte trecho:

*Em síntese, o que se observa é que a operação de incorporação prevista na norma tributária não se deu entre investidor e investimento, ou seja, não se consumou o aspecto pessoal, e tampouco o aspecto material.*

*Nas operações analisadas, a pessoa jurídica **investidora** é o CSSA, que efetuou o aporte de recursos para aquisição do investimento LOMA NEGRA com pagamento de sobrepreço. É incontestável que foi a CSSA a empresa **que efetivamente acreditou na mais valia do investimento, coordenou e comandou os estudos de rentabilidade futura do investimento a ser adquirido e desembolsou os recursos para a aquisição** (vide item 7 do voto).*

*Por sua vez, a pessoa jurídica **investida** foi a empresa LOMA NEGRA.*

*E o evento de incorporação deu-se entre a Contribuinte e as empresas GABY 1, GABY 2 e GABY 3, ou seja, **sem a presença do investidor e do investimento.***

*O fato de as empresas GABY 1, GABY 2 e GABY 3, empresas holding, terem assumido o controle do investimento LOMA NEGRA não lhe conferem a condição de investimento.*

*Tampouco o fato a Contribuinte ter assumido, momentaneamente, o controle das empresas GABY 1, GABY 2 e GABY 3, que controlavam diretamente o investimento, não lhe confere a condição de **investidora.***

*Nesse sentido, o aproveitamento da despesa de amortização de ágio promovido pela Contribuinte deu-se sem respaldo legal, vez que **não se consumou a hipótese de incidência prevista nos arts. 7º e 8da Lei nº 9.532, de 1997.***

*Por si só, tal aspecto **já se mostra suficiente para restabelecer a glosa de despesa de amortização do ágio.***

*De qualquer forma, merece registro a efemeridade e a artificialidade na utilização das empresas GABY 1, GABY 2 e GABY 3, que, apesar de terem sido constituídas pela alienante, foram de extrema valia para a construção de operações societárias dotadas de artificialidade. Todas as operações deram-se num intervalo de vinte e dois dias (de 09/11/2005 a 1º/12/2005). Foram empresas utilizadas especificamente para transportarem o investimento LOMA NEGRA, e permitir a **construção artificial da hipótese de incidência prevista na norma tributária. Há um completo desvirtuamento do instituto de pessoa jurídica, que foi criada apenas para fabricar uma despesa.** Ora, empresas não se prestam a fabricar despesas, mas sim a fabricar produtos, gerar empregos, prestar serviços, mediante consecução de atividades reais.*

*Constata-se, com nitidez, a **construção artificial do suporte fático**, para que se pudesse amoldar à hipótese de incidência de despesa de amortização do ágio (item 6 do voto). (Grifos do original)*

Deve ser, ainda, rejeitado o argumento de que a integralização de capital na Impugnante daria ensejo ao nascimento de um novo ágio. Neste caso, não se tratam de partes independentes, mas sim de empresas do mesmo grupo econômico (CCSA e CCC) e um dos pressupostos para a formação do ágio é que o negócio ocorra entre partes independentes.

Portanto, correta a glosa efetuada pela Fiscalização.

#### **BASE DE CÁLCULO DA CSLL - ADIÇÃO DA AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO**

A contribuinte alega falta de previsão legal para a adição à base de cálculo da CSLL dos valores relativos à amortização do ágio considerado indedutível pela Fiscalização.

Dispõe o art. 57 da Lei nº 8.981/1995:

*Art. 57. Aplicam-se à Contribuição Social sobre o Lucro (Lei nº 7.689, de 1988) as mesmas normas de apuração e de pagamento estabelecidas para o imposto de renda das pessoas jurídicas, inclusive no que se refere ao disposto no art. 38, mantidas a base de cálculo e as alíquotas previstas na legislação em vigor, com as alterações introduzidas por esta Lei.*

A apuração da base de cálculo do IRPJ e da CSLL parte do mesmo ponto, ou seja, do lucro líquido. Os dois tributos, no geral, observam as mesmas regras quanto a adições e exclusões ao lucro líquido.

Portanto, só pode haver diferença no tratamento de adições e exclusões do IRPJ e da CSLL quando, houver disposição expressa neste sentido. Na ausência de disposição legal, presume-se que a mesma adição imposta para o IRPJ deve ser observada na apuração do lucro tributável relativo à CSLL.

No mesmo sentido, mais uma vez, destaco trecho do Acórdão da Câmara Superior de Recursos Fiscais nº 9101-0003.397 - 1ª Turma, de 5 de fevereiro de 2018:

*A preocupação do legislador em compatibilizar a apuração das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, mediante a operacionalização de ajustes no lucro líquido, é evidente.*

*Portanto, não há nenhum sentido entender que, para as operações societárias relativas ao primeiro momento (aquisição do investimento) e o terceiro momento (desfazimento do investimento), poder-se-ia aplicar um entendimento diferente daquele relativo ao segundo momento (desenvolvimento do investimento).*

*Em relação ao terceiro momento (desfazimento do investimento), predica a norma que na alienação do investimento, o valor do ágio deverá ser considerado, na apuração da base de cálculo tributável (art. 25 e 33 do Decreto-lei n° 1.598, de 1977).*

*E, em conexão indissociável com o segundo momento (desenvolvimento do investimento) e o terceiro momento (desfazimento do investimento), o primeiro momento (nascimento do investimento) trata da aquisição do investimento que, se for realizada com sobrepreço, implica na contabilização desse valor a maior em conta específica. É o que diz o art. 20 do Decreto-lei n° 1.598, de 1977, ao determinar nos incisos I e II que o custo de aquisição deveria ser desdobrado em*

*(I) valor do patrimônio líquido na época da aquisição e*

*(II) ágio ou deságio na aquisição. Por isso que, apesar da disposição no art. 25 do Decreto-lei n° 1.598, de 1977, ser no sentido de que as contrapartidas da amortização do ágio não seriam computadas na determinação do lucro real, **não há nenhum sentido em se considerar que tal ajuste não se aplica para fins de apuração da Base de Cálculo da CSLL. Repito: o que se tutela é a convergência entre as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL.***

*Os motivos apresentados até o momento são suficientes para demonstrar que a glosa de despesa de amortização do ágio tem repercussão tanto para a apuração da base de cálculo do IRPJ quanto da CSLL.(Grifos do original).*

#### **MULTA QUALIFICADA**

Descabe a qualificação da multa no presente processo.

O Termo de Verificação Fiscal copia a legislação aplicável e tece considerações genéricas a respeito da qualificação da multa e do que seria planejamento tributário agressivo, simulação, sonegação fiscal, dolo, erro de proibição, colacionado "slides" sobre o tema. A Autoridade Fiscal defende que estaria comprovado que houve o planejamento voltado para a economia tributária e que a conduta adotada se enquadraria no art. 72 da Lei n° 4.502/64 (fraude). Em resumo, entende que:

*"O Fiscalizado e a sua controladora tentaram, mediante as operações societárias intragrupo engendradas em 2005, fazer com que a CCC pudesse usufruir da amortização do ágio surgido durante a transação com o grupo de vendedores argentinos. Porém, o Fiscalizado não atendia às condições previstas em lei para a*

*fruição desse beneplácito. Esse ilícito de conduta interferiu, intencionalmente, na ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, com a finalidade de reduzir o montante do tributo devido".*

Entretanto, entendo que a Fiscalização não especificou as condutas que levariam à qualificação pela fraude em relação ao ágio Cimpor. Em relação a Loma Negra considerou que a CCSA e a Impugnante teriam a perfeita noção do que faziam e plena consciência dos resultados que obteriam e que sabiam do posicionamento que a Receita Federal tinha a respeito deste tipo de planejamento. Este argumento não é, por si só, suficiente para qualificar a multa, comprovando fraude.

Desta forma, considerando que foram apresentados apenas argumentos genéricos, descabe a qualificação da multa, devendo esta ser reduzida de 150% para o percentual de 75%.

### **MULTA ISOLADA**

O Impugnante contesta também a aplicação da multa isolada de 50%, defendendo que esta só seria exigível no caso do Fisco verificar a falta ou insuficiência de recolhimento antes do término do ano-base e pela impossibilidade de aplicação simultânea da multa de ofício e da multa isolada.

Entretanto, a multa isolada é uma sanção específica e autônoma e sua aplicação independe de ter sido ou não apurado débito ao final de período base. O fato gerador da multa isolada é o descumprimento da norma que impõe ao contribuinte o recolhimento das antecipações.

Encerrado o ano-base, as estimativas já não podem ser exigidas, cabendo tão-somente a aplicação de multa isolada, no percentual de 50%, como dispõe o art. 44, inciso II, da Lei nº 9.430/1996:

*Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)*

*I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata; (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)*

*II - de 50% (cinquenta por cento), exigida isoladamente, sobre o valor do pagamento mensal: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)*

*a) na forma do art. 8º da Lei no 7.713, de 22 de dezembro de 1988, que deixar de ser efetuado, ainda que não tenha sido apurado imposto a pagar na declaração de ajuste, no caso de pessoa física; (Incluída pela Lei nº 11.488, de 2007)*

*b) na forma do art. 2º desta Lei, que deixar de ser efetuado, ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre*

*o lucro líquido, no ano-calendário correspondente, no caso de pessoa jurídica. (Incluída pela Lei nº 11.488, de 2007)*

Sempre que não for recolhido o IRPJ e a CSLL devidos por estimativa, o contribuinte faltoso estará sujeito, no caso de lançamento de ofício, à multa isolada de 50% sobre o montante não pago. A multa aplica-se ainda que, ao final do período de apuração venha a ser constatado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa da CSLL. Se a multa é cabível mesmo na hipótese de se verificar prejuízo ao final do período, sua imposição não decorre do pagamento insuficiente do tributo devido, mas sim da falta de cumprimento de obrigação distinta, o recolhimento antecipado da estimativa mensal.

Sendo a multa isolada aplicada no presente auto de infração decorrente de uma omissão do contribuinte quanto a uma obrigação legal, essa omissão, por si só, dá fundamento a uma penalidade autônoma, que independe da multa de ofício exigida juntamente com o imposto ou contribuição devidos ao final do período.

O argumento do bis in idem não prospera no caso em questão. Realmente, o ordenamento jurídico pátrio rechaça a existência de bis in idem na aplicação de penalidades tributárias. Isso significa dizer que não é legítima a aplicação de mais de uma penalidade em razão do cometimento da mesma infração tributária, pois o contribuinte não pode ser apenado duas vezes pelo cometimento de um só ilícito. Entretanto, não há óbice a que sejam aplicadas ao contribuinte, diante de duas infrações tributárias, duas penalidades.

Pois bem, a redação dada pela Lei nº 11.488 de 2007, retira até mesmo eventual argumento de que as bases de cálculo seriam iguais, afastando de uma vez por todas qualquer alegação de bis in idem. Segundo texto dado pela Lei nº 11.488/2007, a base de cálculo da multa pela falta de pagamento da estimativa consiste no valor do pagamento mensal, no percentual de 50%, enquanto a multa pelo lançamento de ofício incide sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata, no percentual de 75%.

São hipóteses de incidência distintas, com bases de cálculo distintos, não ocorrendo a alegada duplicidade na aplicação das multas. Assim, se não há nenhuma dúvida de que a contribuinte cometeu o ilícito acusado pela fiscalização, não há que se falar em dispensa da punição, apenas porque ao recorrido já havia sido exigida multa em decorrência de outro ilícito. Essa não pode ser a ratio da Lei nº 9.430/96.

Esta interpretação restou expressa na Instrução Normativa SRF nº 93, de 24/12/1997, que integra a legislação tributária e que não pode ser afastada pela autoridade administrativa:

*Art. 16. Verificada a falta de pagamento do imposto por estimativa, após o término do ano-calendário, o lançamento de ofício abrangerá:*

*I - a multa de ofício sobre os valores devidos por estimativa e não recolhidos;*

*II - o imposto devido com base no lucro real apurado em 31 de dezembro, caso não recolhido, acrescido de multa de ofício e juros de mora contados do vencimento da quota única do imposto.*

De modo idêntico, dispuseram a Instrução Normativa RFB nº 1.515, de 2014, em seu artigo 17, e, mais recentemente, a Instrução Normativa RFB nº 1.700, de 2017, no artigo 53.

No caso em exame, a glosa das amortizações de ágio e a recomposição das bases de cálculo mensais evidenciaram a falta de recolhimento das estimativas, dando ensejo à aplicação da multa isolada.

Descabe também, no âmbito da DRJ, a alegação de que a multa não poderia ser mantida no caso de decisão por voto de qualidade.

Portanto, mantida a multa isolada exigida.

### **RESPONSABILIZAÇÃO SOLIDÁRIA**

No mesmo sentido, também deve ser afastada a responsabilização solidária de Albrecht Curt Reuter Domenech, André Pires Oliveira Dias, Cláudio Borin Guedes Palaia, Cleber Acúrcio Machado, José Edison Barros Franco, Luis Roberto Ortiz Nascimento e Vitor Sarquis Hallack.

A Fiscalização não justificou a responsabilização solidária por excesso de poderes, infração de lei, Contrato Social ou Estatuto, se limitando em dizer que:

*Por último, cumpre informar que os integrantes do Conselho de Administração e o Diretor-superintendente da fiscalizada serão considerados como Responsáveis Tributários Solidários. Essa responsabilidade solidária decorre do fato de que esses agentes eram os responsáveis pelos rumos que a empresa deveria tomar e, no entanto, não tiveram nenhuma iniciativa no sentido de interromper a amortização dos valores de ágio gerados nas duas operações aqui descritas.*

Não se pode atribuir responsabilidade solidária sem que seja analisada a conduta dos responsáveis solidários e caracterizada sua submissão ao disposto no art. 135, inciso II, e caracterizada especificadamente qual foi a infração cometida.

Assim, a indicação de responsabilização solidária deve ser afastada.

### **CONCLUSÃO**

Por todo o exposto e por tudo quanto consta nos autos, voto por rejeitar a preliminar de nulidade, e no mérito, **considerar a Impugnação procedente em parte**, para cancelar a qualificação da multa de ofício, passando-a para o patamar de 75%, bem como afastar a responsabilização solidária atribuída a Albrecht Curt Reuter Domenech, André Pires Oliveira Dias, Cláudio Borin Guedes Palaia, Cleber Acúrcio Machado, José Edison Barros Franco, Luis Roberto Ortiz Nascimento e Vitor Sarquis Hallack.

Assinado digitalmente Ronaldo Silva Mascarenhas Mat. 1368165

Pelo exposto, voto por afastar as nulidades e negar provimento aos recursos de ofício e de voluntário.

*Assinado Digitalmente*

**Lizandro Rodrigues de Sousa**