



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

**Processo nº** 16561.720236/2016-16  
**Recurso nº** Voluntário  
**Resolução nº** **1402-000.866 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**  
**Data** 11 de junho de 2019  
**Assunto** ÁGIO  
**Recorrente** SPAL INDUSTRIA BRASILEIRA DE BEBIDAS S/A.  
**Recorrida** FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, resolvem os membros do colegiado, por maioria de votos, converter o julgamento em diligência, vencidos os Conselheiros Evandro Correa Dias, Murillo Lo Visco e Paulo Mateus Ciccone que votavam pelo prosseguimento do julgamento.

(Assinado digitalmente)

Paulo Mateus Ciccone - Presidente.

(Assinado digitalmente)

Júnia Roberta Gouveia Sampaio - Relatora

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marco Rogerio Borges, Caio Cesar Nader Quintella, Evandro Correa Dias, Murillo Lo Visco, Barbara Santos Guedes (Suplente Convocada), Junia Roberta Gouveia Sampaio, Mauritania Elvira de Sousa Mendonça (Suplente Convocada para eventuais substituições) e Paulo Mateus Ciccone (Presidente). . Ausente o Conselheiro Leonardo Luis Pagano Gonçalves

### **Relatório**

Trata-se de lançamento de IRPJ e CSLL decorrente da contabilização indevida de despesas com amortização de ágio no anos-calendários de 2011 e 2012 no valor de R\$ 18.633.599,17 em ambos.

De acordo com o Termo de Verificação Fiscal de fls 21/72, pela análise das Declarações de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica (DIPJ) relativas aos anos-calendários 2011 e 2012, apresentadas pela Recorrente, foram identificadas amortizações de ágio, declaradas nas linhas 55 das fichas 7A no valor de R\$ 89.639.960,05 em 2011 e R\$ 91.117.501,20 em 2012.

Buscando identificar a origem dos mencionados ágios, a autoridade fiscal intimou a contribuinte a apresentar diversos documentos e esclarecimentos. Diante dos esclarecimentos prestados, relata as seguintes reorganizações societárias ocorridas nos anos de 2008 a 2012:

**26/06/2008:** *KAVIEDES PARTICIPAÇÕES LTDA, CNPJ 09.352.780/0001-03 adquire a totalidade das quotas da REMIL, sendo os alienantes COCA COLA, CMR e ITACAN, pelo valor de R\$ 495.839.409,27, mais uma dívida no valor de R\$ 14.007.000,00* □  
**22/08/2008:** *KAVIEDES constitui a PRISTINE, com capital em dinheiro;*

□ **21/10/2008:** *REMIL ingressa como quotista da PRISTINE, por meio de integralização com ativos operacionais da REMIL - de quotas subscritas;*

□ **14/11/2008:** *REMIL sofre cisão, com a parcela cindida composta da participação na PRISTINE sendo incorporada pela KAVIEDES;*

□ **01/12/2008:** *SPAL adquire as quotas da PRISTINE da KAVIEDES, pelo valor de R\$ 552.803.021,00 (valor de mercado conforme laudo da pessoa jurídica Apsis Consultoria, considerando acréscimos decorrentes de variação cambial e atualização dos juros incidentes sobre valores de mútuo tomados pela aquisição da REMIL).*

□ **27/11/2009:** *Incorporação, pela SPAL, da REFRESCOS e da JURUBATUBA* □ **30/04/2012:** *Incorporação, pela SPAL, da DIXER*  
*No que diz respeito ao ágio, esclareceu a contribuinte que a amortização realizada em 2011 e 2012 refere-se a:*

□ *Ágio pago pela KAVIEDES pelas quotas da REMIL, no valor de R\$ 495.839.409,27 e posteriormente pela SPAL pelas quotas da PRISTINE, no valor de R\$ 552.803.021,00* □ *Ágio pago pela JURUBATUBA por ações da REFRESCOS, adquiridas pelos acionistas minoritários, no valor de R\$ 1.675.112,09, incorporada pela Spal em 27/11/2009* □ *Ágio pago pela REFRESCOS por ações da SPAL, adquiridas de acionistas minoritários, incorporada pela Spal em 27/11/2009;*

□ *Ágio pago pela DIXER por ações da SPAL, adquiridas de acionistas minoritários no valor de R\$ 1.307.760,60, incorporada pela SPAL em 30/04/2012;*

*Já em relação à forma de pagamento do ágio na aquisição da PRISTINE, esclareceu a fiscalizada que se deu da seguinte forma:*

□ *Quitação de mútuo anteriormente desembolsado pela SPAL para a KAVIEDES, no valor de R\$ 372.729.775,00. Foi apresentado o*

*contrato de mútuo e esclarecido que a quitação se deu em 01/12/2008 com a entrega de quotas da PRISTINE na mesma data;*

*Assunção de dívidas da KAVIEDES junto às pessoas jurídicas abaixo, nos seguintes valores:*

*DIXER - R\$ 29.602.312,00;*

*AMERICAN - R\$ 9.205.083,00;*

*KRISTINE CV - R\$ 127.258.852,00;*

*Vendedores da REMIL - R\$ 14.007.000,00.*

*Após intimada a esclarecer as vantagens obtidas com a incorporação da PRISTINE, a SPAL informou, em síntese, que:*

*“para que as contingências então existentes - que são de responsabilidade da Vendedora - ficassem segregadas, os ativos operacionais da Remil foram transferidos a título de aumento de capital para a Pristine. Com isso, a Pristine passou a exercer todas as atividades operacionais antes conduzidas pela Remil, inclusive com os mesmos empregados, os quais também foram transferidos. Portanto, toda a substância econômica da Remil foi transferida para a Pristine.”*

*Quanto aos fundamentos dos ágios, foram apresentados os seguintes laudos de avaliação:*

*Laudu solicitado pela DIXER, tendo por objeto a avaliação da SPAL – sem data;*

*Laudu solicitado pela KAVIEDES, tendo por objeto a avaliação da REMIL – data do laudo 11/11/2008;*

*Laudu solicitado pela SPAL, tendo por objeto a avaliação da PRISTINE – data do laudo 17/12/2008;*

*Laudu solicitado pela FEMSA, tendo por objeto a REFRESCOS e a SPAL – data do laudo 28/09/2007.*

Após o relato das operações acima descritas, a autoridade fiscal atesta que foram apresentados os seguintes contratos de assunção de dívidas, fls.1392 a 1406:

a) contrato de assunção de dívida celebrado entre SPAL e KAVIEDES, tendo como objeto parte da dívida dessa sociedade com a DIXER (fls. 1392 a 1394);

b) Contrato de assunção de dívida celebrado entre SPAL e KAVIEDES, tendo como objeto a dívida dessa sociedade com a KRISTINE CV (fls. 1395 a 1401);

c) Contrato de assunção de dívida celebrado em 01/12/2008, entre SPAL e KAVIEDES, tendo como objeto a dívida dessa sociedade com a AMERICAN em Contrato de Mútuo de 27/11/2008 (fls. 1402 a 1404);

d) Contrato de assunção de dívida celebrado entre SPAL e KAVIEDES, em 01/12/2008, sem anuência das credoras, COCA COLA, CMR e ITACAN (fls. 1405 a 1406).

Atesta também que foram apresentados os seguintes comprovante de desembolso da SPAL e da DIXER para a empresa KAVIEDES (fls. 1383 a 1385)

a) TED nº 276408 **emitido às 11:19 do dia 26/06/2008**, tendo como remetente SPAL (Unibanco, ag 0352, cta 100524-3) e favorecida KAVIEDES (Itau, ag 0912-0, cta 094281), no valor de R\$ 329.050.000,00.

b) Comprovante de transferência bancária Banco Bradesco datado de 30/10/2008, de SPAL para KAVIEDES no valor de R\$ 8.851.000,00 c) TED Banco Unibanco nº 276099 emitido às 10:56 do dia 30/10/2008, tendo como remetente SPAL (Unibanco, ag 0352, cta 1000524-3) e favorecida KAVIEDES (Itau, ag 0912-0, cta 094281), no valor de R\$ 13.961.000,00 d) TED nº 276099 **emitido às 11:18 do dia 26/06/2008**, tendo como remetente DIXER (Unibanco, ag 0352, cta 100685-2) e favorecida KAVIEDES (Itau, ag 0912-0, cta 094281), no valor de R\$ 60.000.000,00.

O presente litígio refere-se ao ágio amortizado em razão do negócio que envolve a aquisição da PRISTINE, considerada pela Autoridade Fiscal uma “empresa veículo” criada apenas para intermediar a aquisição da REMIL pela SPAL operacionalizada pela KAVIEDES qualificada como “empresa de prateleira”, cuja constituição viabilizou um acréscimo no valor do ágio efetivamente havido no negócio.

O ágio registrado pela KAVIEDES pelas quotas da REMIL foi no valor de R\$ 367,8 mil e posteriormente pela SPAL pelas quotas da PRISTINE, no valor de R\$ 448,8 mil. Ou seja, surge um novo ágio de R\$ 80,4 mil, relacionado ao mesmo investimento.

A Autoridade Fiscal, à luz do Contrato de *Quota Purchase Agreement*, fl. 2156, aplicou os juros SELIC entre a data da aquisição, 01/05/2008, e a data do fechamento do negócio, 26/06/2008, chegando a um preço final da REMIL de R\$ 496.514.141,52, o qual tomou por base para determinar o ágio. Esse preço, segundo a KAVIEDES, foi de R\$ 495.839.409,27, mais R\$ 14.007.000,00 em dívidas assumidas, e para a SPAL, o preço teria sido R\$ 552.803.021,52.

Concluiu a autoridade fiscal que A efetiva interessada na aquisição da REMIL foi a SPAL, que visava a aquisição dos ativos dessa sociedade, para ampliação da capacidade operacional da SPAL.

*- A SPAL não foi capaz de comprovar em sua integralidade o valor pago a título de aquisição das quotas da REMIL, e que sendo a PRISTINE uma “empresa-veículo”, o ágio deve ser calculado tendo por base a diferença entre o valor pago pelo grupo SPAL e o valor contábil da REMIL.*

*- Como ficou claro, a PRISTINE era uma sociedade de curta duração, não operacional, criada unicamente para abrigar os ativos da REMIL e posteriormente ser incorporada. Carece de qualquer fundamento que seu valor operacional, de mercado e rentabilidade futura seja diferente do da REMIL.*

Cientificada a ora Recorrente apresentou a impugnação de fls. 2476/2532, na qual alegou, resumidamente, o seguinte:

a) o ágio amortizado obedece permissivo legal do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598/77, tendo fundamento na lucratividade futura da PRISTINE e *que não se pode assumir que, somente por serem do mesmo grupo econômico, não existam. razões para que houvesse essa diferença de preço.*

b) A aquisição da REMIL pela KAVIEDES, com a transferência do acervo operacional da REMIL a título de aumento de capital na PRISTINE, e posterior transferência das quotas da PRISTINE para a KAVIEDES por meio cisão da REMIL ocorreu justamente para que seus ativos operacionais fossem transferidos à PRISTINE, e teve como objetivos segregar o ativo operacional dos processos administrativos e judiciais da adquirida, de forma que esses processos “que sem dúvida estão sob a responsabilidade do Grupo Coca-Cola Femsa, fossem isolados de maneira a não afetar a condução dos negócios operacionais”, nem dificultar a obtenção de certidões negativas.

c) Se a própria IMPUGNANTE tivesse tomado os empréstimos para fazer a aquisição (empréstimos esses que totalizariam R\$ 180.073.247,00, se descontada a parcela de recursos que a IMPUGNANTE emprestou para a KAVIEDES), as despesas de juros e variação cambial teriam sido reconhecidas imediatamente pela IMPUGNANTE, e não sob forma diferida como parte do ágio amortizado em cinco anos. Em suma, o procedimento adotado pela Impugnante causou um benefício ao Erário, e não ao contrário.

d) As operações de aquisição da REMIL e da PRISTINE foram dois negócios jurídicos distintos e autônomos, e que o ágio gerado pela aquisição da PRISTINE não se confunde – nem pode ser considerado o mesmo – que o ágio gerado na aquisição da REMIL pela KAVIEDES.

e) O ponto de coincidência entre as duas aquisições – da REMIL pela KAVIEDES, e da PRISTINE pela IMPUGNANTE - se baseia no fato de, em ambos os casos, trata-se de amortização de ágio com base em rentabilidade futura do mesmo negócio: produção e venda de produtos Coca-Cola principalmente no Estado de Minas Gerais.

f) Sobre o pagamento do preço, também não há inovação na comparação com as respostas às intimações durante o procedimento fiscal, ou seja, que o preço da compra da PRISTINE foi pago em compensação de crédito de mútuo devido pela KAVIEDES (R\$ 372.729.775,00), somado a assunção de dívidas da KAVIEDES, perante a Dixer (no valor de R\$ 29.602.312,00), American Participações (R\$ 9.205.083,00), Kristine Overseas S.A. de CV (R\$ 127.258.852,00) e com os Vendedores da REMIL (R\$ 14.007.000,00).

g) os valores dos empréstimos assumidos foram efetivamente pagos pela SPAL nas respectivas datas de vencimento (Doc. 04), à exceção do montante anteriormente desembolsado pela Dixer que, incorporada posteriormente à SPAL, teve o crédito liquidado por confusão. E conclui: Assim, não restam dúvidas de que o preço de aquisição foi integralmente desembolsado pela SPAL, seja diretamente, seja por meio da Dixer, da qual ela é sucessora universal em função da incorporação h) Que as TED's juntadas durante à fiscalização comprovam os pagamentos.

i) O valor pago pela IMPUGNANTE à KAVIEDES, superior ao custo de aquisição “geraram ganho de capital que foi oferecido à tributação, conforme informação da própria KAVIEDES j) Existe razoabilidade econômica no negócio, e os erros e inconsistências apontadas no Laudo pela Autoridade Fiscal não comprometem a sua fidedignidade. O custo da REMIL para a KAVIEDES não corresponde apenas ao valor efetivamente despendido no

negócio, mas também contempla juros e variação cambial no período: devem ser acrescido os juros e a variação cambial arcados pela KAVIEDES (fl. 2495):

l) partir do momento em que tais despesas foram incorridas pela KAVIEDES e computadas por esta para a formação do preço a cobrar da IMPUGNANTE, *pode-se afirmar que essas despesas foram, do ponto de vista econômico, “convertidas” em ágio que a IMPUGNANTE somente pode amortizar no decorrer de cinco anos.* Alega também que *"como os juros foram estabelecidos com base em parâmetros de mercado, e a variação cambial nada mais é do que o efeito da variação do preço do dólar dos EUA conforme também o mercado, a IMPUGNANTE entendeu como razoável a inclusão desses valores para se chegar ao preço final do negócio"* m) Sobre a lucratividade da PRISTINE, a Impugnante afirma que apresentou Relatório de estudos de sinergia acerca do qual a Autoridade Fiscal nada mencionou.

n) Destaca, ainda, que foi desconsiderado no preço da PRISTINE a dívida de R\$ 14.007.000,00, de tal maneira que, o preço efetivamente cobrado pelas quotas da REMIL foi de R\$ 509.839.416,27 e não R\$ 495.839.409,27.

o) Questiona a incidência de juros moratórios sobre a multa de ofício.

b) Alega a confiscatoriedade da multa de ofício de 75%.

A Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Salvador/BA negou provimento à impugnação. A decisão recebeu a seguinte ementa:

*ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO Ano-calendário: 2011, 2012 JUROS INCIDENTES SOBRE A MULTA.*

*Na constituição do crédito tributário de ofício os juros de mora e a multa são calculados sobre o principal. Após o prazo para impugnação ou pagamento, não ocorrendo este, o montante do lançamento é classificado como débito para com a União decorrente de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, nos termos do caput do art. 61 da Lei nº 9.430/96, e inclui todas as rubricas, dentre as quais a multa de ofício.*

*ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE E ILEGALIDADE DA LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA.*

*Não compete à esfera administrativa a análise da legalidade ou inconstitucionalidade de normas jurídicas vigentes.*

*ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ Ano-calendário: 2011, 2012 AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. PESSOA JURÍDICA BENEFICIÁRIA. IDENTIFICAÇÃO.*

*A pessoa jurídica a que se refere o caput do art. 7º da Lei nº 9.532, de 1997, é o “contribuinte” mencionado pelo caput do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, ou seja, a pessoa jurídica beneficiária da dedutibilidade antecipada da despesa de ágio é aquela que, por ocasião da aquisição da participação, efetuou o desembolso dos recursos, real investidor para fins da amortização que decorre do encontro, no mesmo patrimônio, da participação societária adquirida com o ágio pago por essa participação. Em face dessa “confusão patrimonial” entre o investimento e o ágio pago pela sua aquisição,*

*somente nessa situação a legislação admite que o contribuinte considere perdido o seu capital investido com o ágio e, assim, deduza a despesa que ele teve quando da sua aquisição.*

*AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO ARTIGOS 7º E 8º DA LEI Nº 9.532/97.*

*Em regra, o ágio gerado em operação entre empresas não ligadas, atendidos os requisitos legais, deve compor o custo do investimento, sendo dedutível somente no momento da alienação de tal investimento (inteligência do art. 426 do RIR/99).*

*A exceção trazida pela Lei nº 9.532/97, pressupõe uma efetiva reestruturação societária na qual a investidora absorve parcela do patrimônio da investida, ou vice-versa, comprovado o fundamento do ágio e o desembolso correspondente.*

*ÁGIO. AUSÊNCIA DE PAGAMENTO. EMPRESA 'VEÍCULO'. IMPOSSIBILIDADE DE AMORTIZAÇÃO.*

*A amortização do ágio oriundo de operações societárias, para ser eficaz perante o Fisco, deve decorrer de atos efetivamente existentes, e não apenas artificiais e formalmente revelados em documentação ou na escrituração mercantil ou fiscal.*

*A ausência de um efetivo dispêndio (sacrifício patrimonial) revela a falta de substância econômica das operações. A utilização de sociedade veículo, de curta duração, quando ausente o propósito negocial, constitui prova da artificialidade daquela sociedade e das operações nas quais ela tomou parte, notadamente quando dessa reorganização surgiu novo ágio ou economia de tributos distinta daquela prevista em lei. A operação levada a termo nesses moldes deve ser desconsiderada para fins tributários, sem que seja necessário demandar a nulidade das operações societárias praticadas.*

*ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL Ano-calendário: 2011, 2012 LANÇAMENTOS REFLEXOS. DECORRENTES. MATÉRIA FÁTICA IDÊNTICA. RELAÇÃO DE CAUSA E EFEITO.*

*Em se tratando de matéria fática idêntica àquela que serviu de base para o lançamento do Imposto sobre a Renda Pessoa Jurídica, devem ser estendidas as conclusões advindas da apreciação daquele lançamento ao relativo à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL em razão da relação de causa e efeito advindas dos mesmos fatos geradores e elementos probantes.*

Os fundamentos utilizados pela decisão recorrida foram, resumidamente, os seguintes:

*35. Denomina-se ágio interno ou intragrupo o ágio gerado dentro de um mesmo grupo econômico, ou seja, é gerado numa operação de reorganização societária na qual o alienante da participação societária e o adquirente desta pertencem ao mesmo grupo econômico, possuindo ambos o mesmo quadro societário/acionário e/ou os mesmos controladores, embora tenham personalidades jurídicas distintas.*

36. Nesse sentido, quando a operação societária que deu origem ao ágio é realizada intragrupo, as normas contábeis não autorizam a sua dedutibilidade, e por consequência, também não há amparo para que seja admitida a dedutibilidade fiscal: se o intangível gerado internamente não é ativo para a Contabilidade, o lucro líquido e, por conseguinte, o lucro real não pode ser reduzido por um encargo que nada mais é do que a alocação, pro rata temporis, de um ativo inexistente. O ágio cuja dedutibilidade é admitida contabilmente é o decorrente de uma transação entre partes independentes e não relacionadas.

(...)

41. Por isso, na jurisprudência, são aspectos relevantes para determinação da dedutibilidade do ágio: a sua origem entre partes independentes, a determinação consistente do fundamento econômico do ágio, a existência comprovada do efetivo pagamento, o que geralmente não acontece nas operações entre empresas sob mesmo controle.

42. Em resumo, o ágio gerado em operações societárias, para ser eficaz perante o Fisco, deve decorrer de atos econômicos efetivamente existentes. O ágio ou a parcela deste gerada de forma interna, ou seja, dentro do mesmo grupo econômico, sem prova do desembolso que lhe corresponda, e com a utilização de empresa de curta duração (sociedade veículo) torna inválida sua amortização, sem que seja necessário demandar a nulidade das operações societárias praticadas.

43. No caso, a Impugnante afirma, item 3.2 da Impugnação, fl. 2490, que foi reconhecido no TVF a efetividade dos pagamentos realizados para a aquisição da PRISTINE, entretanto, nos textos que transcreve do TVF, a conclusão é diametralmente oposta, afirmando a Autoridade Fiscal que:

(...) a fiscalizada não logrou êxito em apresentar o efetivo desembolso de recursos na compra das ações da REMIL, alegando principalmente contrato de confidencialidade assinado pela KAVIEDES (fl. 2493).

44. Com base nos documentos apresentados, o que fica comprovado é:

Na data da efetivação da compra da REMIL, 26/06/2008, a SPAL e a DIXER transferem recursos para a KAVIEDES no montante, respectivamente de R\$ 329.050.000,00 e R\$ 60.000.000,00.

Em 30/10/2008, véspera da segregação do ativo operacional da REMIL, datada de 01/11/2008, a SPAL transfere para a KAVIEDES recursos da ordem de R\$ 22.812.000,00.

45. Também não foi comprovado o pagamento às vendedoras da REMIL (COCA COLA, CMR e ITACAN), nem à KAVIEDES.

46. Não foram apresentados documentos que comprovassem que as transferências efetuadas pela SPAL para a COCA COLA, CMR e ITACAN, no total de R\$ 12.812.833,00 em 08/10/2009 com a finalidade de 'pagamento de fornecedores' se referiam, na verdade, a quitação de mútuo. Aliás, não foi apresentado documento que comprove os mútuos,

*nem as supostas credoras assinaram o título de assunção de dívida celebrado entre a KAVIEDES e a SPAL.*

*47. Quanto aos extratos bancários da cliente AMERICAN PARTICIPACOES LTDA, contêm registros de resgate de aplicação financeira em 28/11/2008 - RENDA FIXA BBB – no valor de R\$ 9.200.074,31, e aplicação de R\$ 9.200.000,00 em 01/12/2008; logo, não comprovam qualquer pagamento feito pela SPAL.*

*48. A KAVIEDES, por sua vez, não comprovou qualquer pagamento (...)*

*51. Quanto ao valor de R\$ 14.007.000,00, devidos pela KAVIEDES, junto aos vendedores da REMIL, foi apresentado contrato particular de assunção de dívida entre a SPAL e KAVIEDES em 01/12/2008, fls. 1405/1406, constando que:*

*“CONSIDERANDO QUE em 30 de maio de 2008, Kaviedes celebrou um Quota Purchase Agreement ("Contrato de Compra de Quotas") com Coca-Cola indústrias Ltda, CMR Indústria de Refrigerantes Ltda, Itacan Refrigerantes Ltda (as "Vendedoras"), através do qual a KAVIEDES assumiu diversas obrigações, dentre as quais a de eventualmente efetuar um pagamento às Vendedoras de acordo com a Cláusula 2.3 do Contrato de Compra de Quotas, o qual veio a se apurar, no valor de **RS 14.007.000,00** (Quatorze milhões e sete mil reais);*

*52. No entanto, não consta nos autos o acordo entre o Comprador e os Vendedores sobre itens de que trata a Cláusula 2.3 do Contrato de Compra de Quotas, bem como o contrato, assinado por LUIZ e EDUARDO, representantes da SPAL não possui anuência dos credores, (TVF fl. 52) representantes das Vendedoras, quando o artigo 299 do Código Civil requer o consentimento expresso do credor 53. Anote-se: consta em Balanço Patrimonial da Impugnante que o ágio na compra da PRISTINE registrado pela SPAL foi amortizado no primeiro mês considerando uma expectativa de realização **em 9 anos**. A partir de 1º de janeiro de 2009 o ágio não foi mais amortizado **para fins contábeis**, estando sujeito a análises anuais de seu valor recuperável. (fl. 1644 – BP 31/12/2008, Nota 10.g e fl. 1647 – BP 31/12/2010, Nota 2.i).*

*(...)*

*58. Notadamente, a SPAL transferiu para a KAVIEDES recursos da ordem de R\$ 329.050.000,00 sem qualquer documento que formalizasse essa operação, pois o contrato de mútuo data de 16/10/2008, ou seja quase 4 meses após a entrega dos recursos ocorrida em 26/06/2008.*

*59. Não é verossímil que recursos nesse montante seja entregue por uma empresa a outra informalmente, pois é princípio do direito e da contabilidade, a autonomia patrimonial–Princípio da Entidade–, que tende a proteger os investidores, os sócios minoritários, os trabalhadores, o interesse público; Princípio este que se reflete na excepcionalidade da medida drástica da desconsideração da personalidade jurídica.*

65. A autuação na SPAL se justifica exatamente em razão desse interesse que se apresenta desde o início da negociação, estando claramente demonstrado que a KAVIEDES e a PRISTINE foram constituídas apenas com esse objetivo, não havendo, portanto, fundamento no ágio gerado nas operações que sucederam ao pagamento e fechamento da compra da REMIL do Grupo Coca Cola.

66. Também está comprovado que a KAVIEDES e a PRISTINE não possuíam lastro financeiro para a aquisição da REMIL, e que o negócio foi viabilizado com recursos fornecidos pelo Grupo Econômico FEMSA, notadamente pela SPAL, que direta e imediatamente mobilizou recursos, bem como de forma indireta e mediata, incorporando a credora DIXER, bem como assumindo as dívidas com demais mutuantes.

Quanto à alegação da impugnante de que se houvesse sido a adquirente direta das quotas da REMIL ao invés de ágio adicional objeto do presente lançamento teria tido um efeito tributário imediato de dedução dos juros e da variação cambial do período, num ano em que obteve lucro real, assim se manifestou a decisão recorrida:

68. O argumento é improcedente. Não há que se falar em encargos monetários sobre R\$ 432.729.775,00, que correspondem à parte do preço do negócio que foi suportada pela Impugnante, direta (R\$ 372.729.775,00) ou indiretamente – dívida “liquidada por confusão”, na incorporação da DIXER (R\$ 60.000.000,00). Ou seja, do valor do preço pago em 26/06/2008, R\$ 495.839.409,27, restam apenas R\$ 63.109.634,27 e R\$ 14.007.000,00, sobre os quais poderia haver incidência de juros, segundo o regime de competência, nos limites dos termos contratados e mediante comprovação.

69. Ademais, os encargos porventura relacionados ao passivo da KAVIEDES não têm o condão de justificar ágio por rentabilidade futura da PRISTINE (RE MIL), tenha a SPAL assumido ou não qualquer parcela do passivo.

70. Convém também anotar que sob nenhum “ponto de vista” despesas financeiras se “convertem” em ágio, nem se confunde preço com ágio fundamentado em rentabilidade futura, que também não decorre do que a “IMPUGNANTE entendeu como razoável” (vide fls. 2496 a 2498).

71. Enfim, a referida despesa financeira não integra o preço do negócio; se comprovada, o que não foi, poderia constituir despesa financeira sobre empréstimos a terceiros não integrantes da relação jurídica lá estabelecida; independentemente de o recurso ter sido aplicado nesta aquisição, em qualquer outro ativo, na quitação de passivo, ou mesmo como capital de giro ou qualquer outra destinação.

Quanto à alegação da Impugnante de que a KAVIEDES ofereceu à tributação o ganho de capital sobre o ágio que resultou do negócio da PRISTINE, a decisão recorrida argumentou que:

74. Esse também não é argumento válido. Não cabe à Impugnante valorar as informações que constam no Doc. 05 (fl. 2678) - página de DIPJ - Ficha 06A – Demonstração do Resultado da KAVIEDES, ano-

*calendário 2008; seja a receita da Linha 23 - Ganhos Alienação Partic.Integ.Ativo Circ.ou Real.L.Prazo, sejam as despesas das Linhas 36.(-)Variações Cambiais Passivas = R\$ 47.652.436,00, e despesas financeiras da Linha 40 = R\$ 28.587.169,29, seja o ágio amortizado no valor de R\$ 22.989.479,82, Linha 43.*

Por fim, conclui a decisão recorrida:

*76. Concluindo, quanto ao fundamento do ágio, a Autoridade Fiscal não nega a existência da expectativa de rentabilidade futura, apenas limita essa expectativa ao valor apurado quando da aquisição da REMIL pelo Grupo FEMSA. As razões da Autuante encontram eco nas palavras da Autuada, segundo a qual o ágio baseia-se em rentabilidade futura do mesmo negócio, no mesmo mercado, e se pode acrescentar: aferida no mesmo momento (Laudo APIS de 11/11/2008, fl. 949 e Laudo APIS de 17/12/2008, fl. 1059), fl. 2489:*

Cientificada (fls. 3038) a contribuinte apresentou o recurso voluntário de fls. 3042/3124, no qual alega, resumidamente, o seguinte:

**a) Quanto à justificativa econômica do ágio pela aquisição da empresa PRISTINE** alega a Recorrente que desde a fiscalização foi apresentado o laudo que previa como fundamento a lucratividade futura;

**b) Quanto ao efetivo pagamento:** Ao analisar a decisão recorrida verifica-se que ela reconhece que 97% dos pagamentos (R\$ 411.862.000,00), informados pela Recorrente foram de fato realizados e apenas 2,83% não teriam sido comprovados;

**c) Ausência de documento que formalizasse o contrato de mútuo entre a SPAL e a KAVIEDES.** No tocante a alegação da decisão recorrida que "a SPAL transferiu para a KAVIEDES recursos da ordem de R\$ 329.050.000,00 sem qualquer documento que formalizasse a operação, pois o contrato de mútuo data de 16/10/2008, ou seja quase 4 meses após a entre dos recursos ocorrida em 26/06/2008. Não é verossímil que recursos nesse montante sejam (sic) entre por uma empresa a outra informalmente", Recorrente argumenta que o contrato de mútuo original ocorreu em 23/06/2008, portanto, três dias antes de transferência de valores e que tal fato está comprovado pelo Instrumento Particular de quitação de fls. 1390/1391;

**d) Ausência de anuência do credor em relação a assunção entre a SPAL e a KAVIEDES.** De acordo com o acórdão recorrido a assunção de dívida não seria válida, tendo em vista que do contrato não constou a concordância dos credores nos termos do artigo 299 do Código Civil. A Recorrente alega que, de acordo com o referido artigo (art. 299), a anuência do credor é relevante apenas para fins de exoneração do devedor original. Sendo assim, o fato da SPAL ter assumido dívidas para adquirir quotas da PRISTINE não desnatura o fato de que o pagamento da SPAL para a KAVIEDES efetivamente ocorreu.

**e) Quantificação do ágio dedutível.** Alega a Recorrente que o valor efetivamente despendido pela KAVIEDES para aquisição da REMIL não havia sido apenas correspondente ao valor desembolsado para as vendedoras, mas também contemplava os valores de juros e variação cambial desde a aquisição da REMIL. Não fosse assim, a venda das quotas se daria por valor menor do que o efetivamente despendido para aquisição.

**f) Ágio gerado entre empresas do mesmo grupo** - Alega a Recorrente que a vedação do ágio entre partes relacionadas só passou a existir a partir da publicação da Lei nº 12.973/2014. Sendo assim, à época em que realizada a operação questionada não havia norma jurídica que vedasse o aproveitamento do ágio gerado em transações entre empresas do mesmo grupo econômico.

**g) Do propósito comercial** - Alega a Recorrente que a transferência do acervo operacional da REMIL a título de aumento de capital na PRISTINE, e posterior transferência das quotas da PRISTINE para KAVIEDES por meio da cisão da REMIL ocorreu para que seus ativos operacionais fossem transferidos à PRISTINE. Assim, na medida em que os ativos e passivos operacionais da REMIL foram transferidos para a PRISTINE, o relatório denominado "Processo de Integração da REMIL" cumpre com o objetivo de demonstrar as reduções de custos, aumento de lucratividade e eficiência operacional.

**h) Necessária adição ao preço de aquisição das dívidas no valor de R\$ 14.000.007,00 relativa à aquisição da REMIL** - Por fim, alega a Recorrente que ainda que não sejam acatados os argumentos suscitados devem ser incluídos os valores relativos à assunção de dívidas da REMIL no preço de aquisição. Ao realizar a referida inclusão a glosa do ágio de R\$ 18.633.599,17 deveria ser reduzida em R\$ 2.800.001,40 por cada um dos anos, ou seja, R\$ 5.600.002,80, que representa 2/5 de R\$ 14.000,00, com o consequente recálculo e redução do valor lançado.

i) Requer a exclusão dos juros sobre multas e da multa de 75% tendo em vista sua natureza confiscatória;

É o relatório.

## Voto

Conselheira Junia Roberta Gouveia Sampaio - Relatora

O recurso voluntário é tempestivo e atende os demais pressupostos legais de admissibilidade, motivo pelo qual, dele conheço.

Conforme se verifica pelo extenso relatório, as questões controvertidas suscitadas pelas partes são as seguintes: a) existem dois ágios distintos (um relativo a compra da REMIL pela empresa KAVIEDES e outro da empresa PRISTINE pela SPAL) tal como alega a Recorrente? b) O denominado ágio interno era aceito pela jurisprudência do CARF e somente passou a ser vedado com a publicação da Lei nº 12.973/14? c) É possível que as despesas com juros e variação cambial sejam convertidas em ágio como alega a Recorrente?

São essas as questões que passaremos analisar a seguir

1) CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE O ÁGIO

O ágio é instituto que inicialmente foi tratado no Decreto-Lei nº 1.598, de 27/12/1977, fundamento legal do art. 385 do Regulamento do Imposto de Renda – RIR 99, aprovado pelo Decreto nº 3.000, de 1999, abaixo:

*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):*

*I - 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.*

O referido artigo estabelecia, em seu parágrafo 2º, que, no momento da contabilização do ágio deve-se indicar o seu fundamento econômico dentre os seguintes:

*I - valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ao custo registrado na sua contabilidade;*

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

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

O que se questiona nos autos é exatamente a ausência de fundamento do ágio em rentabilidade futura. Isso porque, durante o trabalho fiscal a fiscalizada, embora tenha juntados laudos de avaliação distintos para o registro dos ágios da KAVIEDES e da PRISTINE, não conseguiu demonstrar quais as razões que justificariam o lançamento do ágio na incorporação da PRISTINE pela Recorrente que não fossem aquelas já suscitadas para aquisição da REMIL.

Conforme, observa o Relatório Fiscal (fls. 29) ao ser intimada a esclarecer as vantagens obtidas com a incorporação da PRISTINE a SPAL (ora Recorrente), informou:

*“para que as contingências então existentes - que são de responsabilidade da Vendedora - ficassem segregadas, os ativos operacionais da Remil foram transferidos a título de aumento de capital para a Pristine. **Com isso, a Pristine passou a exercer todas as atividades operacionais antes conduzidas pela Remil, inclusive com os mesmos empregados, os quais também foram transferidos. Portanto, toda a substância econômica da Remil foi transferida para a Pristine.***

*Assim, na medida em que os ativos operacionais da Remil, incluindo funcionários, ativos fiscais e etc foram transferidos para a Pristine, o relatório denominado "Processo de Integração da Remil, no entender da Requerente, cumpre com o objetivo de demonstrar as reduções de custos, aumentos de lucratividade, eficiência operacional. (grifamos)*

A partir das fls. 37 do TVF (fls. 57 do e-processo) a fiscalização faz a comparação entre os dois laudos e conclui que "a despeito da avaliação de empresas distintas, os laudos são em si semelhantes, o que se nota do resumo da rentabilidade operacional indicada pela consultoria. Essa rentabilidade está diferenciada somente pelo período em exame, bem como pela caracterização do objeto de avaliação(...) Tamanha é a semelhança, que em

determinadas partes dos laudos há confusão das empresas avaliadas (p.ex. pg. 16 de ambos os laudos, constando que "A REMIL, vendeu...).

É importante ressaltar que não estou fazendo uma análise do mérito dos referidos laudos para a qual entendo não possuir competência jurídica ou técnica. O que o trabalho fiscal demonstrou é que não existe fundamento autônomo para apuração da rentabilidade futura da empresa PRISTINE que não aqueles já utilizados para justificar o ágio apurado quando da aquisição da REMIL.

Como bem observado pelo Conselheiro Pauto Mateus Ciccone, quando do julgamento do Ac. 1402-002.336, a presença e dedutibilidade da despesa com amortização de ágio exige:

a efetiva aquisição dos controles acionários;

que o custo de aquisição seja superior ao patrimônio líquido das participações societárias adquiridas;

haver fundamento econômico baseado na expectativa de rentabilidade futura;

ocorrer o efetivo pagamento da aquisição da participação societária;

haver a incorporação total pela incorporadora da incorporada; e, extinção da incorporada, via incorporação integral, ainda que reversa.

No caso dos autos, o que se verifica é que não houve a demonstração, por parte da Recorrente, do fundamento econômico do ágio relativo a aquisição da empresa PRISTINE.

Ao justificar a quantificação do ágio apurado na aquisição da empresa PRISTINE superior ao ágio gerado na aquisição da REMIL pela KAVIEDES a Recorrente tece as seguintes observações:

*Assim, verificou-se que o valor efetivamente despendido pela KAVIEDES para aquisição da REMIL não havia sido apenas correspondente ao valor desembolsado para as vendedoras Coca-Cola Indústrias Ltda. ("Coca-Cola"), CMR Indústria de Refrigerantes Ltda ("CMR") e Itacan Refrigerantes Ltda. ("Itacan"), mas **TAMBÉM CONTEMPLAVA OS VALORES DE JUROS E VARIAÇÃO cambial incorridos desde a aquisição da REMIL e arcados pela Kaviedes.***

*Como os juros foram estabelecidos com base em parâmetros de mercado, e a variação cambial nada mais é do que o efeito da variação do preço do dólar dos EUA também conforme o mercado, a RECORRENTE entendeu como razoável a inclusão desses valores para se chegar ao preço final do negócio Tanto é assim que o valor acordado pela RECORRENTE para a aquisição da PRISTINE (R\$ 552.803.021,00) é justamente a soma (i) dos saldos contábeis do empréstimo anteriormente desembolsado pela SPAL para a KAVIEDES (R\$ 372.729.775,00); (ii) das dívidas que a KAVIEDES tinha junto às empresas Dixer (R\$ 29.602.312,00), (iii) American Participações (R\$ 9.205.083,00), (iv) Kristine Overseas S.A. de CV (R\$ 127.258.852,00) e com os (v) Vendedores da REMIL (R\$ 14.007.000,00).*

*Em suma, se foi necessário que a KAVIEDES tomasse empréstimos para a aquisição da REMIL em 26/06/2008, quando da venda da PRISTINE, sucessora nos negócios operacionais da REMIL, em 01/12/2008, obviamente deveriam ser considerados os custos de tais empréstimos OU, sob o ponto de vista financeiro, A VENDA DAS QUOTAS SE DARIA POR VALOR MENOR DO QUE O EFETIVAMENTE DESPENDIDO PARA A AQUISIÇÃO.*

*É imprescindível destacar ainda, que a operação foi extremamente coerente, na medida em que os valores pagos pela RECORRENTE à KAVIEDES, superiores ao custo de aquisição geraram ganho de capital que foi oferecido à tributação, conforme informação da própria KAVIEDES (fls. 2.675/2.679), solicitada pela RECORRENTE.*

(...)

*Enquanto a variação cambial do período foi de 47,73%, a variação do preço – entre preço de REMIL e preço de PRISTINE – foi somente de 8,43%, muito razoável em relação à condição de mercado, ou seja, à remuneração que se obteria aplicando os recursos utilizados na compra da REMIL entre os meses de junho e dezembro de 2008.*

*No entanto, não é segredo que investidores institucionais, ou seja, investidores de grandes volumes de recursos, como seria o caso da RECORRENTE, obtém no mercado financeiro rendimentos acima da taxa CDI, de tal maneira que o acréscimo de 8,43% no preço cobrado pela KAVIEDES é mais do que razoável do ponto de vista de mercado.*

*Uma vez demonstrado que o preço cobrado pela KAVIEDES na venda das quotas da PRISTINE refletiu nada mais, nada menos, do que as condições de mercado, não podem prosperar o questionamento do v. acórdão recorrido (grifamos)*

Embora longa, a transcrição das razões recursais fez-se necessária para demonstrar que o fundamento econômico para o "ágio" apurado na empresa PRISTINE foi a incidência de juros e variação cambial e não a expectativa de rentabilidade futura da referida empresa.

## 2) DO ÁGIO INTERNO

A Recorrente questiona a conclusão do trabalho fiscal de que o ágio gerado entre partes relacionadas, o denominado "ágio interno", não seria vedado pela legislação tributária antes da publicação da Lei nº 12.973/2014.

A verdade é que, embora não existisse vedação expressa, a jurisprudência do CARF, diante de uma série de situações concretas levadas à julgamento, identificou que, via de regra, o ágio gerado internamente carecia de substância econômica.

Como esclarece a Conselheira Edeli Pereira Bessa no voto condutor do Acórdão nº 1101-000.968 a ausência de vedação expressa na lei não fornece, por si, tal como alegado pelo Recorrente, o fundamento de validade do ágio gerado entre partes relacionadas. Não era necessário “que a lei expresse claramente a necessidade de o ágio ser formado em aquisições com a intervenção de terceiros. Este requisito integra a essência do ágio por rentabilidade futura. Sem

*terceiros, a rentabilidade futura somente passa a gerar efeitos patrimoniais para investidora e investida quando ela efetivamente for auferida”.*

Ainda neste voto, a Relatora lembra que na forma da legislação que trata da matéria, “somente há aquisição quando há intervenção de terceiro e efetiva transmissão de propriedade do direito”.

Marcos Shigueo Takata alerta que não é possível estabelecer, de plano, que todo ágio gerado internamente seja fictício. Em artigo intitulado "*Ágio Interno sem Causa ou Artificial e Ágio Interno com causa ou Real - Distinções Necessárias*" o autor estabelece os requisitos para se identificar o ágio interno real:

*5.6. Colocada a base para recriminação do reconhecimento contábil do ágio gerado internamente, em seus devidos termos, podemos extrair a seguinte inteligência.*

*5.7. O reconhecimento contábil do ágio interno é condenado quando ele não decorre de pagamento de preço e não há minoritários envolvidos ou terceiros ao quadro societário, na geração do ágio em reorganizações societárias ocorridas dentro do grupo societário. Os lucros nos estoques na controladora não são eliminados (vendas de baixo para cima); os lucros downstream não são eliminados (obrigatoriamente); mesmo na venda entre controladas, os lucros nos estoques na compradora não são eliminados, e, também (por reflexo), não são eliminados na controlada. Associe-se a tudo isso, a existência de terceiros ou minoritários envolvidos ou implicados (valores de saída contra valores de entrada justificados por equivalência patrimonial) na geração do ágio interno.*

*5.8 Daí dizermos: é que quando inexistente pagamento de preço e minoritários ou terceiros que se põe a condenação ao reconhecimento contábil do ágio interno, com ausência de geração de riqueza nova - à luz do Direito Contábil anterior à convergência às normas internacionais de contabilidade. É nesse contexto que se coloca o chamado ágio "de si mesmo" ou ágio "consigo mesmo".*

Dessa forma, para que se legitime o ágio interno não basta a comprovação do pagamento do preço. É fundamental que o contribuinte comprove a participação de terceiros ou mesmo dos acionistas minoritários. Em outras palavras, a existência de ágio interno real é exceção e, como tal, traz ao contribuinte o ônus da comprovação das situações excepcionais.

Ao refutar as alegações do trabalho fiscal e da decisão recorrida, a Recorrente insiste que o ágio seria legítimo, uma vez que a venda da empresa PRISTINE foi efetuada pelo valor de mercado. Confira-se:

*No caso em tela, conforme já esclarecido em mais de uma ocasião, o cálculo do preço pago pela RECORRENTE para aquisição da PRISTINE (R\$ 552.803.021,00) considerou todos os custos de juros e variação cambial que foram necessários para a aquisição anterior da REMIL pela KAVIEDES, bem como o fato de a SPAL estar adquirindo uma empresa que já estava LIVRE DAS CONTINGÊNCIAS que a REMIL possuía.*

*Mais uma vez, o preço pago pela RECORRENTE nada mais é do que a soma:*

*Dos saldos contábeis do empréstimo anteriormente desembolsado pela SPAL para a KAVIEDES (R\$ 372.729.775,00); e Ora, o preço pago refletiu tudo que a KAVIEDES teve que despender para adquirir o negócio da PRISTINE, bem como o custo do capital aplicado pela KAVIEDES no negócio e não no mercado financeiro!*

*Vale destacar que, se os custos com juros e variação cambial tivessem sido arcados diretamente pela RECORRENTE, a dedutibilidade teria sido imediata e não diferida em cinco anos a título de ágio, tendo em vista que a RECORRENTE obteve lucro tributável em 2008 (fls. 2.679/2.680).*

*Logo, tanto não se tratou de reorganização com cunho tributário, pois se a própria RECORRENTE tivesse tomado os empréstimos para fazer a aquisição (empréstimos esses que totalizariam R\$ 180.073.247,00, se descontada a parcela de recursos que a RECORRENTE emprestou para a KAVIEDES), as despesas de juros e variação cambial teriam sido reconhecidas imediatamente pela RECORRENTE, e não sob forma diferida como parte do ágio amortizado em cinco anos! Em suma, o procedimento adotado pela RECORRENTE causou um benefício ao Erário, e não ao contrário.*

Ao procurar justificar que a alienação da empresa se operou tomando por base o valor de mercado, a Recorrente não fundamenta a existência do ágio, mas a existência d despesas financeiras.

3) INEXISTÊNCIA DE “PREJUÍZOS” À FAZENDA PÚBLICA E APURAÇÃO DE GANHO DE CAPITAL PELO ALIENANTE DA EMPRESA ADQUIRIDA COM SOBRE PREÇO FUNDADO EM EXPECTATIVA DE RENTABILIDADE FUTURA.

Como bem observado pelo Conselheiro Luis Flavio Neto, no julgamento do Processo nº 10880.721862/2010-45, a pragmática do CARF, ao mesmo tempo que gravou situações como indicativas de "abuso" que viciaria as operações e, por consequência, destituiriam o direito de amortização do ágio, "resultou em progressiva indicação de safe harbours, fatores que, quando presentes, evidenciariam à administração fiscal a legitimidade fiscal dos negócios praticados pelo contribuinte, colocando-o em um porto seguro. Muitas vezes, a presença de algum desses fatores resulta na consideração de uma operação como a priori legítima.

Duas situações indicativas desses *safe harbours* seriam: a) a inexistência de prejuízo ao fisco e b) apuração de ganho de capital pelo alienante da empresa adquirida. Sendo assim, se uma reestruturação societária não conduzir à minoração de ônus tributário em comparação com aquele que seria suportado com a mais simples e direta absorção da empresa adquirida pela adquirente e, inclusive, não multiplicar ou de alguma forma ampliar o ágio, então a administração fiscal sequer teria interesse de agir. Como exemplo, é possível observar a decisão a seguir, a qual confirmou a legitimidade da amortização fiscal do ágio:

*“A efetivação da reorganização societária, mediante a utilização de empresa veículo, não resulta economia de tributos diferente da que seria obtida sem a utilização da empresa veículo e, por conseguinte,*

*não pode ser qualificada de planejamento fiscal inoponível ao fisco. O “abuso de direito” pressupõe que o exercício do direito tenha se dado em prejuízo do direito de terceiros, não podendo ser invocada se a utilização da empresa veículo, exposta e aprovada pelo órgão regulador, teve por objetivo proteger direitos (os acionistas minoritários), e não violá-los.*

*Não se materializando excesso frente ao direito tributário, pois o resultado tributário alcançado seria o mesmo se não houvesse sido utilizada a empresa veículo, nem frente ao direito societário, pois a utilização da empresa veículo deu-se, exatamente, para a proteção dos acionistas minoritários, descabe considerar os atos praticados e glosar as amortizações do ágio”(BANCO GMAC S/A Acórdão n. 1301001.224. Processo n. 16327.001482/201052)*

Dessa forma, é necessário reconhecer que também não é lícito à Fazenda Nacional tributar mais a renda em questão do que seria tributado em comparação com o ônus que seria suportado com a mais simples absorção da empresa adquirida pela adquirente.

Essas ponderações são importantes porque, como já exposto nos itens anteriores, a Recorrente, desde a impugnação, alega que o sobrepreço por ela pago a título de ágio pela aquisição da empresa PRISTINE não gerou qualquer prejuízo à fiscalização, uma vez que, se deduzisse as despesas financeiras, teria uma situação mais favorável do que a situação fiscal gerada com a amortização do ágio.

Alega, também, que a Alienante (KAVIEDES) apurou ganho de capital e submeteu à tributação os valores recebidos em virtude do sobrepreço.

Tais situações, embora não possam transformar o valor em ágio, podem resguardar a situação da contribuinte. Isso porque, se comprovada a ausência de prejuízo à fazenda, juntamente com a tributação do ganho de capital pela alienante, o lançamento seria cancelado por ausência de interesse de agir por parte da fiscalização.

As alegações da contribuinte foram julgadas improcedentes pela decisão recorrida por três motivos: a) os encargos monetários não incidiriam sobre o montante pretendido pela então Impugnante; b) a despesa financeira não integra o preço do negócio, c) as despesas não teriam sido comprovadas. Confira-se:

*68. O argumento é improcedente. Não há que se falar em encargos monetários sobre R\$ 432.729.775,00, que correspondem à parte do preço do negócio que foi suportada pela Impugnante, direta (R\$ 372.729.775,00) ou indiretamente – dívida “liquidada por confusão”, na incorporação da DIXER (R\$ 60.000.000,00). Ou seja, do valor do preço pago em 26/06/2008, R\$ 495.839.409,27, restam apenas R\$ 63.109.634,27 e R\$ 14.007.000,00, sobre os quais poderia haver incidência de juros, segundo o regime de competência, nos limites dos termos contratados e mediante comprovação.*

*69. Ademais, os encargos porventura relacionados ao passivo da KAVIEDES não têm o condão de justificar ágio por rentabilidade futura da PRISTINE (REMIL), tenha a SPAL assumido ou não qualquer parcela do passivo.*

70. *Convém também anotar que sob nenhum “ponto de vista” despesas financeiras se “convertem” em ágio, nem se confunde preço com ágio fundamentado em rentabilidade futura, que também não decorre do que a “IMPUGNANTE entendeu como razoável” (vide fls. 2496 a 2498).*

71. *Enfim, a referida despesa financeira não integra o preço do negócio; se comprovada, o que não foi, poderia constituir despesa financeira sobre empréstimos a terceiros não integrantes da relação jurídica lá estabelecida; independentemente de o recurso ter sido aplicado nesta aquisição, em qualquer outro ativo, na quitação de passivo, ou mesmo como capital de giro ou qualquer outra destinação.*

Quanto à ausência de comprovação do pagamento dos valores, assim se manifestou a decisão recorrida:

44. *Com base nos documentos apresentados, o que fica comprovado é:*

*Na data da efetivação da compra da REMIL, 26/06/2008, a SPAL e a DIXER transferem recursos para a KAVIEDES no montante, respectivamente de R\$ 329.050.000,00 e R\$ 60.000.000,00.*

*Em 30/10/2008, véspera da segregação do ativo operacional da REMIL, datada de 01/11/2008, a SPAL transfere para a KAVIEDES recursos da ordem de R\$ 22.812.000,00.*

45. *Também não foi comprovado o pagamento às vendedoras da REMIL (COCA COLA, CMR e ITACAN), nem à KAVIEDES.*

46. *Não foram apresentados documentos que comprovassem que as transferências efetuadas pela SPAL para a COCA COLA, CMR e ITACAN, no total de R\$ 12.812.833,00 em 08/10/2009 com a finalidade de ‘pagamento de fornecedores’ se referiam, na verdade, a quitação de mútuo. Aliás, não foi apresentado documento que comprove os mútuos, nem as supostas credoras assinaram o título de assunção de dívida celebrado entre a KAVIEDES e a SPAL.*

47. *Quanto aos extratos bancários da cliente AMERICAN PARTICIPACOES LTDA, contêm registros de resgate de aplicação financeira em 28/11/2008 - RENDA FIXA BBB – no valor de R\$ 9.200.074,31, e aplicação de R\$ 9.200.000,00 em 01/12/2008; logo, não comprovam qualquer pagamento feito pela SPAL.*

48. *A KAVIEDES, por sua vez, não comprovou qualquer pagamento.*

49. *A Autoridade Fiscal tomou por comprovação do pagamento pela aquisição da REMIL as Cláusulas 3.2 a 3.4 do Contrato de Quota Purchase Agreement, ou seja, considerou paga a aquisição em função de ter havido a transferência das quotas (fl. 53):*

*(...)*

50. *Somando todos os documentos apresentados relativos a desembolsos da SPAL (incluindo o desembolso da DIXER que veio a ser incorporada) se chega ao total de R\$ 424.474.833,00.*

*Segue resumo:*

PAGAMENTO	DE	PARA	DATA	FATO
			07/12/2007	constituição da KAVIEDES
			25/04/2008	as controladoras da SPAL assumem a KAVIEDES, que muda o endereço para o mesmo endereço da SPAL e passa a ser administrada por preposto da SPAL
			30/05/2008	as controladoras da REMIL firmam contrato para a venda da empresa com cláusulas condicionantes para a KAVIEDES e para a SPAL (pagamento do preço de R\$ 487.543,344,00 + juros SELIC até o fechamento + acordo de ajuste da cláusula 2.3, se houver
329.050.000,00	SPAL	KAVIEDES	26/06/2008	aquisição da REMIL pela KAVIEDES
60.000.000,00	DIXER	KAVIEDES	26/06/2008	aquisição da REMIL pela KAVIEDES
			22/08/2008	KAVIEDES constitui a PRISTINA e nomeia prepostos da SPAL para administradores
			16/10/2008	a SPAL (R\$ 330.000.000,00) e a DIXER (R\$ 61.000.000,00) firmam contrato de mútuo com a KAVIEDES
			21/10/2008	a KAVIEDES se torna única sócia da PRISTINE
8.851.000,00	SPAL	KAVIEDES	30/10/2008	
13.961.000,00	SPAL	KAVIEDES	30/10/2008	
			01/11/2008	a REMIL adquire 99,9% da PRISTINE e integraliza com seu ativo operacional
2.351.032,00	SPAL	COCA COLA	08/10/2009	pagamento a fornecedores
3.785.111,00	SPAL	ITACAN	08/10/2009	pagamento a fornecedores
6.476.690,00	SPAL	CMR	08/10/2009	pagamento a fornecedores

51. Quanto ao valor de R\$ 14.007.000,00, devidos pela KAVIEDES, junto aos vendedores da REMIL, foi apresentado contrato particular de assunção de dívida entre a SPAL e KAVIEDES em 01/12/2008, fls. 1405/1406, constando que:

*“CONSIDERANDO QUE em 30 de maio de 2008, Kaviedes celebrou um Quota Purchase Agreement (“Contrato de Compra de Quotas”) com Coca-Cola indústrias Ltda, CMR Indústria de Refrigerantes Ltda, Itacan Refrigerantes Ltda (as “Vendedoras”), através do qual a KAVIEDES assumiu diversas obrigações, dentre as quais a de eventualmente efetuar um pagamento às Vendedoras de acordo com a Cláusula 2.3 do Contrato de Compra de Quotas, o qual veio a se apurar, no valor de **RS 14.007.000,00** (Quatorze milhões e sete mil reais);*

*52. No entanto, não consta nos autos o acordo entre o Comprador e os Vendedores sobre itens de que trata a Cláusula 2.3 do Contrato de Compra de Quotas, bem como o contrato, assinado por LUIZ e EDUARDO, representantes da SPAL não possui anuência dos credores, (TVF fl. 52) representantes das Vendedoras, quando o artigo 299 do Código Civil requer o consentimento expresso do credor.*

De acordo com trecho da decisão acima transcrito, teriam sido comprovados os seguintes valores:

a) Na data da efetivação da compra da REMIL, 26/06/2008, a SPAL e a DIXER transferem recursos para a KAVIEDES no montante, respectivamente de R\$ 329.050.000,00 e R\$ 60.000.000,00 b) Em 30/10/2008, véspera da segregação do ativo operacional da REMIL, datada de 01/11/2008, a SPAL transfere para a KAVIEDES recursos da ordem de R\$ 22.812.000,00.

Permaneceriam sem comprovação os seguintes valores;

a) os pagamentos às vendedoras da REMIL (COCA-COLA, CMR E ITACAN) e à KAVIEDES;

b) não foram apresentados documentos que comprovassem que as transferências efetuadas pela SPAL para a COCA COLA, CMR e ITACAM com a finalidade "pagamento à fornecedores" se referiam, na verdade, a quitação de mutuo;

c) Não foi comprovada a anuência dos credores quanto ao título de assunção de dívida celebrado entre a KAVIEDES e a SPAL.

Diante do exposto, como pondera a Recorrente, a rigor, não se pode falar em ausência de comprovação do pagamento, pois do total de comprovantes analisados pelo (R\$ 424.474,754,00) o acórdão recorrido reconheceu a comprovação de 97% dos pagamentos (R\$ 411.862.000,00) e apenas 2,83% (R\$ 12.612.754,00) não teriam sido comprovados.

No entanto, ainda que se admita a comprovação do pagamento, o trabalho fiscal se limitou a analisar o sobrepreço pago pela Recorrente como ágio. E, partindo dessa premissa, corretamente concluiu que de ágio não se tratava por ausência de fundamento econômico de expectativa de rentabilidade futura.

Todavia, admitindo-se que tais valores equivalem à despesas financeiras e que estas seriam aptas a justificar o sobrepreço na venda da empresa PRISTINE, entendo que o julgamento deve ser convertido em diligência para que a autoridade fiscal esclareça se.

a) O montante superior ao registros dos ativos e demais bens do patrimônio líquido equivale ou se aproxima do valor das despesas financeiras e demais encargos correspondente aos empréstimos envolvidos na transação, bem como se houve pagamento de Imposto de Renda sobre ganho de capital em ambos os ágios pela alienante KAVIEDES, manifestando-se por meio de relatório conclusivo;

b) Dê vista ao contribuinte para, querendo, se manifestar no prazo de 30 dias.

(Assinado digitalmente)

Júnia Roberta Gouveia Sampaio.