



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

Processo nº 16643.000079/2009-90
Recurso nº De Ofício e Voluntário
Acórdão nº 1202-000.884 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 3 de outubro de 2012
Matéria Glosa de despesas de ágio.
Recorrentes JOHNSON CONTROLS DO BRASIL AUTOMOTIVE LTDA
FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Exercício: 2005, 2006, 2007, 2008

ÁGIO INTERNO. EFETIVO DISPÊNDIO E FALTA DE PROPÓSITO NEGOCIAL. DESCARACTERIZAÇÃO.

Verificado que as negociações de reorganização societária ocorreram com empresas de diferentes grupos econômicos e que houve o efetivo desembolso financeiro na operação de aquisição da empresa incorporada, é de se afastar os fundamentos utilizados pelo agente fiscal quanto à falta de propósito negocial e do efetivo dispêndio de recursos nas operações de aquisição/reestruturação societária.

ÁGIO. SURGIMENTO. TRANSFERÊNCIA. AMORTIZAÇÃO.

O ágio nasce quando uma empresa adquire participação relevante em outra sociedade e somente se transfere por incorporação reversa, cisão ou fusão (art. 386 do RIR/99).

A transferência de quotas na integralização de capital não implica em transferência do ágio, mas em extinção do ágio que havia na alienante e surgimento de um novo ágio na adquirente.

O ágio gerado no aumento de capital da fiscalizada mediante conferência de quotas da investida, com atendimento dos requisitos do art. 385 do RIR/99, é um ágio novo e pode ser amortizado a partir da incorporação dessa última, nos termos do art. 386 do RIR/99.

MULTA QUALIFICADA. EVIDENTE INTUITO DE FRAUDE. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS. RECURSO DE OFÍCIO NEGADO.

A ausência de elementos que demonstrem o evidente intuito de fraude, a partir de uma conduta dolosa, ensejam a desqualificação da multa de ofício.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso de ofício. Quanto ao recurso voluntário, por maioria de votos, em dar provimento ao recurso, vencida a conselheira Viviane Vidal Wagner (relatora). Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro Carlos Alberto Donassolo.

(assinado digitalmente)

Nelson Lósso Filho - Presidente

(assinado digitalmente)

Viviane Vidal Wagner - Relatora

(assinado digitalmente)

Carlos Alberto Donassolo - Redator designado

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Nelson Lósso Filho, Carlos Alberto Donassolo, Nereida de Miranda Finamore Horta, Geraldo Valentim Neto, Orlando José Gonçalves Bueno e Viviane Vidal Wagner.

Relatório

Trata-se de **recurso de ofício e de recurso voluntário**, este interposto pelo contribuinte em face de decisão de primeira instância que deferiu parcialmente a impugnação contra o lançamento de IRPJ e CSLL referente aos anos-calendário de 2004 a 2007, decorrente de glosa do encargo de amortização de ágio, com acusação de ter sido gerado internamente ao grupo econômico da Johnson Controls, acrescido de multa qualificada de 150%, em razão de detecção de procedimento fraudulento, enquadrado no art. 72 da Lei nº 4.502/64.

Foram lançados:

I- Imposto de Renda Pessoa Jurídica- IRPJ (fls. 667 a 670), no total de **R\$ 15.534.152,32**, com multa de 150% e juros de mora, calculados até 30/11/2009, com fundamento legal no art. 13, inciso III, da Lei nº 9.249/1995, arts. 247, 249, inciso I, 251 e parágrafo único, 299, 324 §§ 1º, 2º e 4º, 325, 385, 386, do RIR/99; e

II- Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL (fls. 676 a 679), no total de **R\$ 5.039.162,27**, com multa de 150% e juros de mora, calculados até 30/11/2009, com fundamento legal no art. 2º, e §§, da Lei nº 7.689/88, art. 1º da Lei nº 9.316/96; art. 28 da Lei nº 9.430/96; e art. 37 da Lei nº 10.637/2002.

Os fundamentos fáticos da autuação, consoante o Termo de Verificação Fiscal (fls. 712/725), em suma, foram:

(i) a fiscalizada (JCBA) reconheceu, no balanço do ano de 2002, um investimento permanente de R\$ 4.249.936,98 em coligadas/controladas (fls. 216) e no balanço de 2003, esse investimento aumentou para R\$ 38.090.019,30 (fls. 217);

(ii) o aumento foi provocado pela transferência, para a JCBA (fiscalizada), do total das quotas que a empresa Hoover Universal INC (HOOVER), sua controladora, possuía da empresa JCAE do Brasil (JCAE);

(iii) a transferência ocorreu com um ágio de R\$ 75.759.917,68 (fls. 217), cuja contrapartida foi o aumento de capital de R\$ 109.600.000,00;

(iv) não houve qualquer desembolso (saída de caixa) da JCBA (fiscalizada) (ou de qualquer outra empresa do grupo) para aquisição do ágio. O lançamento contábil (fl. 51) na JCBA (fiscalizada) do recebimento das quotas da HOOVER foi a débito de investimento (R\$ 33.840.082,32) e ágio (R\$ 75.759.917,68) e a crédito de capital subscrito (R\$ 109.600.000,00);

(v) as empresas envolvidas - JCBA (fiscalizada), HOOVER e JCAE - pertencem ao mesmo grupo econômico (fls. 33 a 50);

(vi) em 18/10/2002, o capital da empresa JCAE do Brasil era dividido entre os sócios Johnson Controls Automotive Eletronics (46.974.358 quotas), Johnson Controls

Holding (8.311.168 quotas) e Nicolas Donjon (1 quota), com quotas ao valor nominal de R\$ 1,00;

(vii) em 10/12/2003, a Johnson Controls Holding cedeu sua participação na JCAE para a HOOVER (fls.57/68);

(viii) em 17/12/2003, a Johnson Controls Automotive Eletronics e o Sr. Nicolas Donjon também cederam sua participação na JCAE para a HOOVER (fls.69/71);

(ix) no mesmo dia a HOOVER cedeu e transferiu para a JCBA (fiscalizada), todas as quotas que detinha na JCAE, as quais foram incorporadas ao capital social da JCBA (fiscalizada) por R\$ 109.600.000,00, ou seja, com um ágio de R\$ 75.759.917,68 (fls.72/74);

(x) o laudo da avaliação (fls. 85 a 144), que serviu de base para a avaliação das quotas da JCAE do Brasil Ltda, empregou a metodologia do fluxo de caixa futuro descontado. O valor de mercado, atribuído pela empresa avaliadora foi de R\$ 109.600.000,00, baseado na posição da JCAE em 30/11/2003;

(xi) em 31/08/2004, a JCBA (fiscalizada) incorporou a sua controlada JCAE e começou a amortizar o ágio de R\$ 75.759.917,68, a razão de 1/60 por mês, a partir de setembro de 2004.

A autoridade fiscal glosou o ágio criado pela operação e exigiu multa qualificada de 150%, a teor do art. 72 da Lei nº 4.502/64, considerando ter havido fraude no procedimento da fiscalizada.

Na impugnação, a autuada apresentou as razões de inconformidade, alegando que a autuação é improcedente, pois a operação completa, da qual o auditor fiscal relatou apenas parte, envolveu a aquisição de controle de empresas que pertenciam ao grupo Sagem, que não tem qualquer vinculação com o grupo econômico da fiscalizada. Descreveu, em suma, as transações realizadas:

(1) O grupo JCI adquire, por intermédio da JCH SAS, braço francês do grupo, a totalidade das ações da SAGEM SAS, situada na França, mediante pagamento de €525.000.000,00, e que, por sua vez, controlava a SAGEM (EUA) e a SAGEM (BR). Após a venda os nomes das empresas foram alteradas para JCAE SAS, JCAE Inc e JCAE do Brasil, respectivamente;

(2) A empresa JCHC e a empresa HOOVER, ambas controladas pela JCI, adquirem a totalidade das quotas da JCAE do Brasil por US\$ 37.202.650,00, sendo que a empresa JCHC pagou US\$ 31.611.092,00 e a HOOVER US\$ 5.591.558,00.

(3) Redução do capital da JCHC, no valor de US\$ 31.611.092,00, mediante a transferência das quotas da JCAE do Brasil para a JCI, sua controladora.

(4) Aumento do capital da HOOVER em US\$ 31.611.092,00, mediante subscrição e integralização pela JCI das quotas da JCAE do Brasil.

(5) Aumento do capital da fiscalizada, JCBA (fiscalizada) em R\$ 109.375.791,00 mediante subscrição e integralização das quotas da JCAE do Brasil, feita pela sua controladora HOOVER, representando esse valor a mera conversão do valor em dólares (US\$ 31.611.092,00) para a moeda nacional, à taxa de câmbio da época (R\$ 2,94).

(6) A JCBA (fiscalizada) incorpora a JCAE do Brasil, mediante avaliação de seu acervo líquido, incorporado a valores contábeis e, a partir daí a fiscalizada começou a amortizar o ágio relativo à expectativa de resultados futuros da JCAE do Brasil, à razão máxima de 1/60, considerando a despesa correspondente dedutível na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL.

Contestou a alegação que o ágio teria sido gerado apenas quando da conferência das quotas da JCAE do Brasil ao capital da JCBA (fiscalizada), pois a operação inicial foi feita entre partes independentes e que no valor total pago pelo grupo JCI (€ 525.000.000,00) estaria o valor de €42.192.265,00 que corresponderia ao valor de US\$ 37.202.780,00, valor este equivalente ao valor do custo que a HOOVER incorrera para adquirir as quotas da JCAE do Brasil (R\$ 109.375.791,00).

Alegou que não é o valor das quotas que determina o custo de aquisição e que a partir da aquisição da empresa SAGEM SAS e suas subsidiárias, pelo grupo JCI, o valor das quotas da SAGEN BR passa a não ter qualquer relação com o custo de aquisição que passa a ser o valor pago pela JCI.

Discorreu sobre a inexistência de lesão ao Fisco para alegar que independentemente da forma pela qual a operação fosse feita o resultado alcançado teria sido o mesmo, com a geração de ágio no valor de R\$ 75.759.917,68, sendo o efeito o mesmo para o Fisco.

Alegou que não podem ser aplicados aos fatos os atos emitidos pela CVM mencionados no Termo de Verificação Fiscal, uma vez que os atos normativos não se aplicariam a fiscalizada pelo fato de ela não ser constituída na forma de sociedade anônima de capital aberto e sim na forma de sociedade limitada e, além disso, os atos somente foram emitidos em 2007 e 2008 e os fatos fiscalizados ocorreram em anos anteriores.

Contestou a alegação de que o ágio apurado pela fiscalizada não é passível de contabilização, devido à ausência de custo histórico, argumentando que a operação foi feita entre partes não relacionadas e houve desembolso financeiro, afirmando ainda que não é correta a alegação que por não ter ausência de saída de caixa quando da aquisição de um ativo, o seu custo de aquisição seria inexistente.

Discorreu sobre a não obrigatoriedade haver saída de caixa para que o custo de aquisição possa ser reconhecido, citando resoluções do CFC que embasariam sua tese, argumentando que vários negócios, tais como incorporações, permutas, contribuições ao capital, aquisição de investimentos via transferência por sucessão universal, etc não envolvem saída de caixa, o que não prejudica o fato de que houve efetiva transferência de titularidade da participação societária, citando ainda Instrução CVM nº 247/1997, doutrina e acórdãos do Conselho de Contribuintes.

Alegou que é improcedente a afirmação que o valor de amortização de ágio não pode ser considerado como despesa incorrida, repetindo a argumentação que o ágio não foi gerado entre empresas relacionadas e que cumpriu todos os requisitos para que fosse reconhecido contabilmente.

Alegou que a metodologia de ágio guarda relação direta com observância do regime de competência que seria de adoção obrigatória na apuração do Lucro Real e da base de cálculo da CSLL, discorreu sobre o regime de competência e ainda afirmou que o art. 386 do

Regulamento do Imposto de Renda (RIR/99) não faz qualquer restrição a respeito da forma que a empresa foi adquirida, ao dispor das regras para amortização de ágio.

Alegou que em nenhum momento a autoridade fiscal questionou o laudo de avaliação que fundamentou o ágio relativo à expectativa de rentabilidade futura da JCAE do Brasil.

Discorreu longamente contra a imposição da multa qualificada, citando tributaristas, exposição de motivos na edição de medida provisória, acórdãos do Conselho de Contribuintes para concluir que não houve fraude, dolo ou simulação nas operações efetuadas.

Requeru a improcedência total dos autos de infração ou, ao menos, que fosse afastada a multa qualificada de 150%.

O acórdão nº 16-24.709, da 5ª Turma da DRJ/SPOI, teve a seguinte ementa:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Data do fato gerador: 31/12/2004, 31/12/2005, 31/12/2006, 31/12/2007

INCORPORAÇÕES DE SOCIEDADES. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO NA AQUISIÇÃO DE AÇÕES. FALTA DE EFETIVO PAGAMENTO. DEDUÇÃO INDEVIDA.

A legislação fiscal somente admite a dedutibilidade da amortização do ágio proveniente de compra ou incorporação entre sociedades do mesmo grupo econômico, se efetivamente ocorre o desembolso do valor pago a este título, do mesmo modo que se exige o efetivo pagamento para toda e qualquer dedução pleiteada no âmbito fiscal, ainda que a incorporação realizada tenha observado os ditames da legislação societária.

MULTA QUALIFICADA. CRITÉRIOS

Se não é evidente a ocorrência de dolo, fraude ou simulação que justificasse a aplicação da multa qualificada de 150% sobre o lançamento efetuado, exonera-se o acréscimo correspondente, mantendo-se a multa de ofício de 75%.

Em razão do montante exonerado, a DRJ recorreu de ofício ao CARF.

Cientificado em 20/05/2010 (fl.1527), o contribuinte, inconformado, interpôs recurso voluntário ao Carf, em 21/06/2010 (fls.1528/1597), contestando a decisão que julgou parcialmente procedente a impugnação, em suma, pelos seguintes motivos preliminares:

(i) o principal argumento utilizado pelo órgão julgador de primeira instância para manter a glosa da dedução da despesa de amortização do ágio relativo ao investimento realizado na empresa JCAE BR foi a suposta ausência de dispêndio financeiro na referida operação;

(ii) o julgador se baseou em série de equívocos, como, por exemplo: (i) confundiu o custo de aquisição das quotas da JCAE BR com o valor nominal destas quotas; e (ii) manteve o entendimento equivocado da autoridade autuante de que a operação em questão

se deu entre partes relacionadas, e que, portanto, o ágio relativo ao investimento realizado na JCAE BR teria sido gerado internamente;

(iii) a decisão recorrida confundiu diversos conceitos, bem como parte de um entendimento completamente distorcido dos fatos;

(iv) em relação à multa qualificada de 150%, a decisão recorrida determinou, com acerto, o seu afastamento, em virtude do fato de não ter havido dolo, fraude ou simulação por parte da Recorrente.

A seguir, relembra os fatos descritos na Impugnação (**parágrafos 15 a 42**), sintetizando a sequência das operações:

Passo 1 — Grupo JCI, por intermédio da JCH SAS, adquire a totalidade das ações da SAGEM SAS, mediante pagamento de US\$ 525.000.000,00

Passo 2— Aquisição, pela JCHC e pela HOOVER, da totalidade das quotas da JCAE BR (antiga SAGEM BR), por US\$ 31.611.092,00 e US\$ 5.591.558,00, respectivamente, totalizando US\$ 37.202.650,00

Passo 3— Redução do capital da JCHC, no valor de US\$ 31.611.092,00, mediante transferência das quotas da JCAE BR para a JCI Inc.

Passo 4— Aumento do capital da HOOVER em US\$ 31.611.092,00, mediante subscrição e integralização, pela JCI Inc., das quotas da JCAE BR de sua titularidade

Passo 5— Aumento do capital da JCBA (fiscalizada) em R\$ 109.375.791,00 (correspondentes a US\$ 37.202.650,00), mediante subscrição e integralização, pela HOOVER, das quotas da JCAE BR de sua titularidade

Passo 6— Incorporação da JCAE BR pela JCBA (fiscalizada)

Crítica a conclusão do julgador de que seria possível realizar a agregação das duas entidades jurídicas de imediato, pelos seguintes motivos, entre outros: (i) as diferenças culturais entre as gestões de dois grupos econômicos totalmente distintos (SAGEM e JCI); (ii) o fato de a operação de aquisição em si só ter sido concretizada no ano seguinte à assinatura do primeiro contrato entre as partes, quando da formalização, em fevereiro de 2002, do Termo de Acordo (doc. 06 da Impugnação); e (iii) o fato de que todos os sistemas operacionais e administrativos de ambas as empresas (tais como de venda, de faturamento, de controle de estoques, de compras, de recursos humanos etc.) eram diferentes, e independentes, havendo a necessidade de integrá-los em momento anterior à efetiva absorção de uma sociedade por outra.

Apresenta as seguintes razões para a reforma parcial da decisão recorrida:

(i) das inconsistências fáticas:

- a autoridade autuante não considerou a sequência de operações de transferência das quotas da empresa JCAE BR para glosar o ágio apurado, mas apenas considerou os dois últimos passos implementados (passo 5 e passo 6);

- em 18 de fevereiro de 2002, o capital social da JCAE BR permanecia sendo R\$ 23.894.162,00, e não R\$ 55.285.527,00, conforme consta da decisão recorrida.

- o capital social da JCAE BR não "pulou" inexplicavelmente de R\$ 23.894.162,00 para R\$ 55.285.527,00, em 10 de dezembro de 2003. De fato, em 18 de setembro de 2002, houve um aumento de capital que elevou o capital social da JCAE BR em R\$ 31.391.365,00. Foram completamente omitidas na decisão recorrida, que: (i) houve uma operação efetiva de compra e venda; (ii) que houve efetivo pagamento em recursos financeiros; e (iii) que o valor total pago foi de US\$ 37.202.650,00 (**parágrafos 22 e 27** da Impugnação);

- não especifica suposta "discrepância de valores e datas entre os contratos firmados no Brasil e os contratos traduzidos do original inglês".

- não faz qualquer sentido a comparação de fatos e valores que se tenta demonstrar, já que os R\$ 46.974.358,00 correspondem ao valor nominal das 46.974.358 quotas e os US\$ 31.611.092,00 referem-se ao valor efetivamente pago pela JCHC pelas 46.974.358 quotas da empresa JCAE BR, ou seja, representa o custo de aquisição dessas quotas para os seus titulares, não sendo o valor nominal das quotas que determina o valor do seu custo de aquisição;

- omitiu o fato de que o ágio originou-se de operação entre empresas de grupos distintos, em diversas etapas;

- houve, sim, saída de caixa na operação, mas não é necessário que haja dispêndio de recursos financeiros para que seja apurado ágio em aquisições de participações societárias ou qualquer ato ou negócio que resulte na transferência da titularidade de uma participação societária;

- as 55.285.526 quotas da JCAE BR foram, em todas as etapas da operação (desde a aquisição das empresas do Grupo SAGEM até a conferência de tais quotas ao capital da JCBA), transferidas pelo valor total de US\$ 37.202.650,00, jamais pelo valor nominal total de R\$ 55.285.527,00, ou R\$ 1,00 por quota (que, convertido para dólares pela taxa média de R\$ 2,90, por exemplo, corresponderia a US\$ 19.063.974,82, ou US\$ 0,34 por quota).

- (i) uma operação de aquisição de participações societárias realizadas entre empresas não relacionadas entre si, na qual houve pagamento de ágio decorrente da expectativa do retorno financeiro que esse novo investimento geraria; e, em seguida (ii) a unificação das sociedades adquiridas (entre elas, a SAGEM BR, posteriormente, JCAE BR) com as entidades já existentes que desenvolviam atividade semelhante (no caso, a JCBA (fiscalizada), e o não reconhecimento do ágio no investimento na JCAE BR traria implicações adversas às demonstrações contábeis da Recorrente submetida ao regime contábil da "competência".

Aponta as seguintes inconsistências decorrentes das considerações abstratas contidas na decisão recorrida:

- o julgador ao "raciocinar abstratamente" sobre a real motivação dos atos e negócios ora examinados, em alguns pontos não observa os fatos *concretamente* ocorridos;

- a recorrente sempre afirmou que não houve prática elisiva alguma, que os negócios não foram feitos com a intenção de pagar menos imposto;

- a decisão recorrida desvia o foco da questão, indevidamente, para discussões teóricas sobre "planejamento" e "elisão", mas a Administração Tributária não pode desconsiderar os fatos, desde que observados os procedimentos mencionados no parágrafo único do artigo 116 do CTN;

- decisão insiste, indevidamente, que a operação em questão se deu entre partes relacionadas;

- não aponta o real entendimento da finalidade da Instrução CVM nº 349/2001, já que esta apenas se aplica a (i) incorporação reversa; e (ii) que envolva a incorporação de empresa veículo;

- julgador verificou abuso de direito em razão da (i) a inexistência de causas reais que justificasse a operação; bem como (ii) a operação envolvendo a Recorrente não teria observado o ordenamento jurídico, porque foi feita com a finalidade predominante de pagar menos imposto.

Cita ainda o Pronunciamento Técnico CPC 15 para sustentar que nas operações em que há "combinação de negócios", como no caso, entre outros, de aquisição de participações societárias mediante compra e venda, incorporações e conferência de quotas ou ações ao capital de outra entidade, o ágio gerado na operação deve ser registrado pela entidade que obtém o controle do negócio ou negócios obtidos por meio da operação, sendo que, no caso, a real "adquirente contábil" das quotas da SAGEM BR (posteriormente JCAE BR) é a JCBA (fiscalizada), e que tal escolha não se deu em virtude da busca dos efeitos tributários decorrentes da amortização do ágio gerado.

Afirma que, independentemente da forma pela qual a operação fosse implementada, o resultado alcançado teria sido o mesmo: haveria a apuração de ágio no investimento na JCAE BR, passível de amortização e dedução na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL.

Aduz que, ao embasar seu entendimento no artigo 187 do Código Civil de 2002, a autoridade julgadora pretende imputar à Recorrente a prática de um ilícito civil. Ao afirmar que a autoridade fiscal, em sua essência, desconsiderou negócio praticado pela Recorrente sem propósito negocial, a própria decisão recorrida demonstra com toda a clareza a aplicação do parágrafo único do artigo 116 do CTN ao presente caso, pois tal regra destinou-se a coibir, justamente, os atos ou negócios praticados pelo contribuinte com a intenção de economizar tributo mediante abuso de forma ou falta de propósito negocial. Assim, conclui pela ilegalidade do lançamento fiscal.

Ao final, pede que a decisão de primeira instância seja julgada parcialmente improcedente, mantendo-se apenas a redução da multa qualificada.

Em contrarrazões, a PGFN defende a validade integral do lançamento, inclusive da multa qualificada, pelos fundamentos sintetizados abaixo.

Sustenta a indedutibilidade do ágio criado pelo contribuinte, apontando que a criação de um ágio fictício, simulado, que não apresenta qualquer propósito negocial e substrato econômico a justificar a sua existência real, não permite a dedução da despesa com sua amortização nos termos previstos pela legislação tributária nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 (arts. 385 e 386 do RIR/99). Alega, em seguida, que:

(i) após a aquisição da empresa francesa SAGEM SAS pelo Grupo JCI em 25/07/2001, todas as operações societárias realizadas no Brasil e no exterior com as quotas da JCAE BR foram promovidas por empresas pertencentes ao Grupo JCI e que, quando da alienação das quotas da JCAE BR à JCBA (fiscalizada), a empresa norte-americana HOOVER

ocupou simultaneamente os dois polos do negócio firmado - comprador e vendedor, cobrando o ágio de si mesma;

(ii) muito antes do aumento do capital da JCBA (fiscalizada), com a totalidade das quotas da JCAE BR, com a criação do ágio, o objetivo final da reestruturação societária a ser realizada sempre foi a reunião dessas duas empresas brasileiras em uma só e que o investimento de R\$ 109.600.000,00 realizado pela empresa HOOVER na JCBA (fiscalizada), teve um curtíssimo tempo de vida;

(iii) o resultado líquido da engenharia societária adotada pelo grupo econômico do qual o contribuinte faz parte é igual à incorporação direta da JCBA (fiscalizada), pela JCAE BR, com exceção do direito à amortização do ágio na apuração da base de cálculo do IRPJ e da CSSL a serem recolhidos pela empresa resultante.

Sobre a indedutibilidade do ágio fictício (ágio cobrado de si mesmo) e a ausência de propósito negocial e substrato econômico, aponta os fundamentos dos arts. 385 e 386 do RIR/99 para aduzir que o ágio ou deságio deve sempre ter como origem um propósito negocial (aquisição de um investimento) e um substrato econômico (transação comercial), decorrente da efetiva aquisição de um investimento oriundo de um negócio comutativo, onde as partes contratantes, interdependentes entre si e ocupando posições opostas, tenham interesse em assumir direitos e deveres proporcionais, além de importar o dispêndio de um gasto (econômico ou patrimonial) pelo adquirente e o ganho (também econômico ou patrimonial) pelo alienante.

Sustenta que devem ser observados o Ofício-Circular/CVM/SNC/SEP nº 01/2007, emitido pela Comissão de Valores Mobiliários – CVM, e o item 50 da Orientação Técnica OCPC 02/2008 do Comitê de Pronunciamentos Contábeis.

Sobre a ausência de propósito negocial, aponta que, por meio de uma visão global da reestruturação adotada, evidencia-se que o resultado conjunto das duas operações fora a simples unificação das atividades da JCBA com as da JCAE BR, o que poderia ter sido alcançada desde o início somente com a incorporação de uma sociedade pela outra, tal como foi feito por meio da segunda operação. Nesse sentido, sustenta que:

(i) o ágio decorrente da aquisição de um investimento deve ser registrado por quem o efetivamente suporta, e quem adquiriu a JCAE BR com ágio não foi a recorrente, em 18/12/2003, mas sim o Grupo JCI, em 25/07/2001, quando da aquisição da empresa francesa SAGEM SAS, não podendo ser aplicada a autorização contida no artigo 386, inciso II, do RIR/99;

(ii) o propósito negocial foi eminentemente fiscal, já que, em razão da incorporação realizada, o investimento adquirido pela JCBA (fiscalizada), de sua controladora HOOVER fora integralmente cancelado, sendo, mantido, porém, o ágio pago por ele. Com isso, a previsão da rentabilidade futura da empresa que não mais existia, contudo, permaneceu registrada. Não poderia a JCBA (fiscalizada), em 2003, ao adquirir a JCAE BR pelo mesmo preço pago pelo Grupo JCI em 2001, registrar o mesmo ágio como se a JCAE BR tivesse mantido a mesma projeção de rentabilidade futura.

Sobre a ausência de substrato econômico, aduz que:

(i) tanto a JCBA (fiscalizada) como a JCAE BR eram controladas diretamente pela sua única sócia: a empresa norte-americana HOOVER (a qual, por sua vez,

fazia parte do Grupo JCI) e, em razão disso, não houve dispêndio de qualquer espécie de recurso;

(ii) a partir da análise global da reorganização societária realizada, o único substrato econômico existente é aquele oriundo da amortização do ágio na conta de resultado da JCBA (fiscalizada) após a incorporação e que o ágio criado, por ser inexistente de fato, não é válido e nem eficaz para ser amortizado na conta de resultado do recorrente;

(iii) assim, a despesa amortizada pelo sujeito passivo na apuração de seu lucro líquido não se enquadra em nenhuma das hipóteses de dedutibilidade previstas pelos artigos 324 a 327 do RIR/99.

Quanto ao RECURSO DE OFÍCIO, defende a qualificação da multa de ofício em razão da simulação cometida pelo contribuinte, sustentando, em suma, que:

(i) existe contradição no acórdão prolatado pela DRJ-São Paulo I/SP, pois, em um primeiro momento, reconhece que o ágio registrado pelo contribuinte fora criado de forma simulada, ou seja, sem qualquer propósito negocial e substrato econômico, e em seguida, ao tratar da qualificação da multa, diz que as operações que o sujeito passivo declarou realmente ocorreram;

(ii) a despesa amortizada pelo contribuinte autuado fora criada de forma simulada, por meio de um evidente intuito doloso de fraudar o Fisco, razão pela qual a qualificação da multa deve ser mantida;

(iii) a própria confissão do contribuinte de que o ágio foi criado para transferir para si um investimento com ágio realizado anteriormente pelo Grupo JCI e de que não houve qualquer dispêndio financeiro tornam incontestável o intuito doloso do contribuinte na criação de um ágio que nunca existiu;

(iv) de fato, a ausência de propósito negocial e de substrato econômico, da mesma forma que impedem a existência material do ágio, atestam a simulação praticada pelo contribuinte;

(v) existiram a) uma vontade declarada de aquisição de um investimento com ágio pela JCBA (fiscalizada) traduzido no valor de mercado da integralidade das quotas da JCAE BR calculado na previsão de rentabilidade futura da empresa; e b) uma vontade real de criação de um investimento artificial a fim de gerar um ágio que seria utilizado pela JCBA (fiscalizada) para reduzir a tributação a ser paga após a incorporação. Essa diferença entre a vontade declarada e a vontade real caracteriza a simulação praticada, nos termos do art. 167, parágrafo 1º, inciso II, do Código Civil Brasileiro, *in fine*;

(vi) a operação realizada pelo contribuinte autuado não traduziu a aquisição de um investimento com supedâneo na previsão de rentabilidade futura da JCAE BR. Com a incorporação, esse investimento foi anulado, porém o direito à amortização do ágio mantido;

(vii) a criação do ágio fictício foi iniciada com a aquisição do investimento pela JCBA (fiscalizada) e concluída com a incorporação dessa sociedade com a JCAE BR;

(viii) o evidente intuito doloso do contribuinte nos ilícitos tributários cometidos pelo contribuinte resta caracterizado pelo fato de ele saber desde o início que a JCAE BR seria incorporada por ele;

(ix) reforçam o evidente intuito do contribuinte: a) o fato de a reorganização societária em tela ter sido planejada desde o ano de 2001, juntamente com a ajuda de consultoria especializada, b) por meio de laudo de avaliação da JCAE BR (fls. 86/144), procurou dar uma aparência de legalidade a uma operação não prevista na legislação;

(x) de forma inexplicável, o contribuinte trouxe aos autos um laudo elaborado pela *CF Solutions*, pelo qual é apurado o valor de mercado da JCAE BR com base em sua rentabilidade futura antes da aquisição de suas quotas pela JCBA (RECORRENTE). Em nenhum momento o laudo cita o negócio realizado em 2001 entre o Grupo SAGEM e o Grupo JCI, tendo analisado aspectos intrínsecos e extrínsecos da JCAE BR, e projetado a rentabilidade de empresa no lapso de 5 anos e 1 mês após a sua elaboração;

(xi) a simulação resta inequívoca uma vez que havia motivos à sua realização (criação de um benefício fiscal indevido), assim como, com a incorporação, o negócio realizado (aumento de capital decorrente de um investimento) não foi executado materialmente;

(xii) a fraude, correspondente à atitude dolosa do contribuinte em reduzir o montante do imposto devido, está mais do que comprovada, sendo inegável o conluio, este é inegável uma vez que a reorganização societária envolveu todas as pessoas jurídicas que fazem/faziam parte do grupo econômico internacional JCI.

Pede, ao final, que seja provido o recurso de ofício e negado provimento ao recurso voluntário.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheira Viviane Vidal Wagner, Relatora

RECURSO VOLUNTÁRIO

Presentes os pressupostos recursais, inclusive o temporal, o recurso merece ser conhecido.

Como relatado, o lançamento de IRPJ e CSLL, referente aos anos-calendário de 2004 a 2007, decorre de glosa do encargo de amortização de ágio.

Diante dos fatos relatados e elementos juntados aos autos, cumpre perquirir sobre o direito à amortização do ágio gerado pela integralização de participações societárias e sua posterior incorporação, considerando os motivos da acusação fiscal e os argumentos da defesa.

Inicialmente, porém, cabe tecer algumas considerações sobre o tema ágio.

O ágio é formado na aquisição de uma participação societária por valor superior ao valor do patrimônio líquido.

Na época das privatizações das empresas públicas, o legislador brasileiro criou uma norma para beneficiar as adquirentes, as quais, na maioria das vezes, adquiriam as participações societárias nas empresas privatizadas por valor superior ao do patrimônio líquido, gerando um ágio, seguido de uma operação de incorporação, fusão ou cisão. A Lei nº 9.532/97 disciplinou os efeitos fiscais do ágio posteriormente à realização das operações societárias, nos seguintes termos (art. 385 do Regulamento do Imposto de Renda de 1999 – RIR/99):

Art. 7º A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977: (Vide Medida Provisória nº 135, de 30.10.2003)

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

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

III - poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do § 2º do art. 20 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de

lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração; (Redação dada pela Lei nº 9.718, de 1998)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Do texto legal se extrai que se houver uma efetiva aquisição e o patrimônio líquido da adquirida se mostrar menor que o custo de aquisição do investimento, surgirá o ágio passível de amortização com efeitos na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL, desde que a pessoa jurídica detentora da participação societária adquirida com ágio incorpore a investida.

O referido art. 20, § 2º, do Decreto-lei nº 1.598/77 (art. 385 do RIR/99), dispõe:

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

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

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

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

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

a) valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade;

b) valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros;

c) fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

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

Como se vê, de acordo com o art. 20, § 2º, do Decreto-lei nº 1.598/77, o ágio pode ter fundamento econômico nas seguintes hipóteses: (a) valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ao custo registrado na sua contabilidade, (b) valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros ou (c) fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

Assim, para ser considerada despesa dedutível, o ágio suportado pela empresa com a aquisição de uma participação societária deve ter como origem, concomitantemente, um propósito negocial, compreendido este como a motivação para adquirir um investimento por valor superior ao custo original, bem como um efetivo substrato econômico, decorrente da aquisição de negócio comutativo entre partes independentes, com dispêndio de recursos e previsão de ganho.

No presente caso, a fiscalização detectou que as quotas da JCAE foram cedidas à fiscalizada, ora recorrente, com um ágio de R\$ 75.759.917,68, em 2003 (fls. 217), cuja contrapartida foi o aumento de capital de R\$ 109.600.000,00. A glosa foi efetuada por ter sido considerado que a transação se deu entre empresas do mesmo grupo econômico e que não houve efetivo dispêndio financeiro, inexistindo propósito econômico real e efetivo substrato econômico.

Caracterizada a operação entre partes relacionadas, tem-se o ágio gerado internamente, cujo reconhecimento não é admitido pela Teoria da Contabilidade.

Sobre o tema, vale mencionar a posição da Comissão de Valores Mobiliários — CVM, embora destinada às sociedades de capital aberto, com a emissão do Ofício-Circular/CVM/SNC/SEP IV 01/2007 visando esclarecer dúvidas sobre a aplicação das Normas Gerais de Contabilidade. No texto, abaixo transcrito, são destacadas situações semelhantes ao do presente caso, em que empresas de um mesmo grupo econômico geram ágio artificialmente, sem que haja o dispêndio de efetiva despesa (financeira ou patrimonial), o que é rechaçado pelo órgão administrativo:

OFICIO-CIRCULAR/CVM/SNC/SEP IV 01/2007

Rio de Janeiro, 14 de fevereiro de 2007

Aos Senhores

Diretores de Relações com Investidores e Auditores Independentes

ASSUNTO: Orientação sobre Normas Contábeis pelas Companhias Abertas

Prezados Senhores,

Os Ofícios-Circulares emitidos pela área técnica da CVM tem como objetivo principal divulgar os problemas centrais e esclarecer dúvidas sobre a aplicação das Normas de Contabilidade pelas Companhias Abertas e das normas relativas aos Auditores Independentes. Esse ofício-circular também procura incentivar a adoção de novos procedimentos e divulgações, bem como antecipar futura regulamentação por parte da CVM e, em alguns casos, esclarecer questões relacionadas as normas internacionais emitidas pelo IASB.

A CVM vem, ao longo dos anos da sua atuação, buscando aperfeiçoar e manter atualizado o seu arcabouço normativo contábil, sempre com a participação de segmentos interessados do mercado ou da profissão contábil. Cumpre destacar a importante colaboração recebida da Comissão Consultiva de Normas Contábeis da CVM, que conta com representantes da ABRASCA, APIMEC, CFC, IBRACON, FIPECAFI/USP e colaboradores especialmente nomeados pela CVM, além dos professores Ariovaldo dos Santos (USP), Jose Augusto Marques (UFRJ) e Natan Szus ter (UFRJ) e, agora, do Comitê de Pronunciamentos Contábeis - CPC, recentemente instalado.

[...]

20.1.7 "Ágio" gerado em operações internas

A CVM tem observado que determinadas operações de reestruturação societária de grupos econômicos (incorporação de empresas ou incorporação de ações) resultam na geração artificial de "ágio"

Uma das formas que essas operações vêm sendo realizadas, inicia-se com a avaliação econômica dos investimentos em controladas ou coligadas e, ato contínuo, utilizar-se do resultado constante do laudo oriundo desse processo como referência para subscrever o capital numa nova empresa. Essas operações podem, ainda, serem seguidas de uma incorporação.

Outra forma observada de realizar tal operação é a incorporação de ações a valor de mercado de empresa pertencente ao mesmo grupo econômico.

Em nosso entendimento, ainda que essas operações atendam integralmente os requisitos societários, do ponto de vista econômico-contábil é preciso esclarecer que o ágio surge, única e exclusivamente, quando o prep (custo) pago pela aquisição ou subscrição de um investimento a ser avaliado pelo método da equivalência patrimonial, supera o valor patrimonial desse investimento. E mais, preço ou custo de aquisição somente surge quando hit o dispêndio para se obter algo de terceiros. Assim, não há, do ponto de vista econômico, geração de riqueza decorrente de transação consigo mesmo. Qualquer argumento que não se fundamente nessas assertivas econômicas configura sofisma formal e, portanto, inadmissível.

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

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

Ainda nesse sentido, registre-se o item 50 da Orientação Técnica CPC 02/2008 do Comitê de Pronunciamentos Contábeis:

[...] só pode ser reconhecido o ativo intangível ágio por expectativa de rentabilidade futura se adquirido de terceiros, nunca o gerado pela própria entidade (ou mesmo conjunto de empresas sob controle comum). E o adquirido de terceiros só pode ser reconhecido, no Brasil, pelo custo, vedada completamente sua reavaliação.

Logo, a necessidade de uma aquisição onerosa de terceiros para formação do ágio deve ser considerada no exame das operações de reorganização societária, para fins de incidência tributária, já que tais operações podem ser utilizadas como instrumento de

planejamento tributário, desde que demonstrem os fundamentos econômicos da operação (benefícios operacionais), o que não ocorre quando se adquire de partes interligadas.

Sobre o fato das empresas HOOVER, JCAE e a recorrente pertencerem ao mesmo grupo econômico não existe dúvida, como demonstram os organogramas (fls. 33 a 50), apresentados pela recorrente.

O que a recorrente sustenta, em seu recurso, é que a operação que deu origem ao ágio posteriormente deduzido foi realizada com o grupo francês SAGEM, não se enquadrando como operação entre partes relacionadas.

Em outros termos, a recorrente sustenta que a fiscalização se concentrou, indevidamente, apenas em parte da operação, a qual teria se iniciado com a aquisição de controle de empresas que pertenciam ao grupo SAGEM, que não tem qualquer vinculação com o grupo econômico da recorrente. Segundo ela, cronologicamente, ocorreram as seguintes operações:

Passo 1 — Grupo JCI, por intermédio da JCH SAS, adquire a totalidade das ações da SAGEM SAS, mediante pagamento de US\$ 525.000.000,00

O grupo JCI (grupo econômico da fiscalizada, cuja controladora está situada no EUA - JCI) adquire, por intermédio da JCH SAS, braço francês do grupo, a totalidade das ações da SAGEM SAS mediante pagamento de €525.000.000,00., situada na França, e que, por sua vez, controlava a SAGEM (EUA) e a SAGEM (BR). Após a venda os nomes das empresas foram alteradas para JCAE SAS, JCAE, Inc e JCAE do Brasil, respectivamente.

Passo 2— Aquisição, pela JCHC e pela HOOVER, da totalidade das quotas da JCAE BR (antiga SAGEM BR), por US\$ 31.611.092,00 e US\$ 5.591.558,00, respectivamente, totalizando US\$ 37.202.650,00

A empresa JCHC e a empresa HOOVER, ambas controladas pela JCI, adquirem a totalidade das quotas da JCAE do Brasil por US\$ 37.202.650,00, sendo que a empresa JCHC pagou US\$ 31.611.092,00 e a HOOVER US\$ 5.591.558,00.

Passo 3— Redução do capital da JCHC, no valor de US\$ 31.611.092,00, mediante transferência das quotas da JCAE BR para a JCI Inc.

Redução do capital da JCHC, no valor de US\$ 31.611.092,00, mediante a transferência das quotas da JCAE do Brasil para a JCI, sua controladora.

Passo 4— Aumento do capital da HOOVER em US\$ 31.611.092,00, mediante subscrição e integralização, pela JCI Inc., das quotas da JCAE BR de sua titularidade

Aumento do capital da HOOVER em US\$ 31.611.092,00, mediante subscrição e integralização pela JCI das quotas da JCAE do Brasil.

Passo 5— Aumento do capital da JCBA em R\$ 109.375.791,00 (correspondentes a US\$ 37.202.650,00), mediante subscrição e integralização, pela HOOVER, das quotas da JCAE BR de sua titularidade

Aumento do capital da fiscalizada, JCBA em R\$ 109.375.791,00 mediante subscrição e integralização das quotas da JCAE do Brasil, feita pela sua controladora HOOVER. A contribuinte alega que foi assim que o valor de R\$ 109.375.791,00 foi formado pois se trataria de mera conversão do valor em dólares (US\$ 31.611.092,00) para a moeda nacional, à taxa de câmbio da época (R\$ 2,94).

Passo 6— Incorporação da JCAE BR pela JCBA

A JCBA incorpora a JCAE do Brasil, mediante avaliação de seu acervo líquido, incorporado a valores contábeis e, a partir daí a fiscalizada começou a amortizar o ágio relativo à expectativa de resultados futuros da JCAE do Brasil, à razão máxima de 1/60, considerando a despesa correspondente dedutível na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL.

Segundo a recorrente, o ágio cobrado no investimento realizado pela HOOVER, em 18/12/2003, decorreu do preço efetivamente pago pelas quotas da JCAE BR quando da aquisição da SAGEM SAS (controladora à época da JCAE BR) pelo Grupo JCI em 25/07/2001. Assim, a HOOVER teria transferido à recorrente, em 2003, um investimento adquirido com ágio pelo Grupo JCI em 2001, com a manutenção do referido ágio pago. Segundo ela, tal ágio deve ser registrado pela empresa que absorveu por final a participação societária então adquirida pelo grupo empresarial.

Nota-se que, após a operação de aquisição da francesa SAGEM SAS pelo Grupo JCI, em 25/07/2001, todas as demais operações societárias realizadas no Brasil e no exterior com as quotas da JCAE BR foram promovidas por empresas pertencentes ao Grupo JCI, do qual faz parte a recorrente.

Independentemente de o ágio original ter sido gerado numa operação entre partes não vinculadas, o alegado ágio foi gerado no exterior entre empresas estrangeiras.

Considerando-se que a legislação brasileira do imposto de renda destina-se a nacionais, por falta de previsão legal, eventual ágio gerado naquela primeira transação, realizada no exterior, não poderia ser aproveitado pela recorrente, a quem teria sido transferido em momento posterior (2003), ainda que parte desse montante (US\$ 37.202.650,00) estivesse relacionado à posterior aquisição da subsidiária brasileira daquele Grupo (SAGEM), como aduz a recorrente.

Ademais, para se considerar a hipótese da tese da recorrente ter-se-ia que admitir a transferência de ágio a empresa que não foi responsável pelo desembolso respectivo.

Ocorre que, interpretando-se conjuntamente o art. 7º, inciso III, da Lei nº 9.532/97 com o art. 20, caput, do Decreto-lei nº 1.598/77, compreende-se que, no caso de avaliação de investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido, se o custo referente ao ágio deve ser segregado, somente quem adquiriu a participação societária com sobrepreço terá a faculdade de amortizar o ágio antes segregado. Nesse sentido decidiu o CARF no acórdão nº 1302-00834, de março de 2012.

O ágio em análise teve por fundamento a rentabilidade futura, com lastro no laudo de avaliação apresentado pela recorrente, referente ao patrimônio da controlada. Todavia, em que pese referir sempre o Grupo SAGEM, com o qual se deu a primeira operação, o laudo

apresentado, embora mencione o negócio realizado em 2001 entre o Grupo SAGEM e o Grupo JCI, apenas analisa os aspectos intrínsecos e extrínsecos da JCAE BR, projetando a rentabilidade futura dessa empresa.

A recorrente se insurge contra a conclusão da DRJ e da fiscalização de que o objetivo final da reestruturação societária a ser realizada sempre foi a reunião das duas empresas brasileiras (recorrente e JCAE BR) em uma só.

Todavia, esse parece ter sido, de fato, o propósito da operação de reorganização societária, visto que, diante das provas dos autos, são evidentes a ausência de propósito negocial e substrato econômico para justificar o reconhecimento e aproveitamento do ágio pela recorrente.

Cabe destacar que, no momento em que a recorrente adquiriu a participação societária da JCAE BR da empresa norte-americana HOOVER, esta detinha a quase totalidade das quotas da recorrente, conforme contrato social (fl.18) e também detinha a totalidade das quotas da JCAE BR.

Diante disso, constata-se que a HOOVER representou o papel de compradora e vendedora quando da alienação das quotas da JCAE BR à recorrente, cobrando ágio de si mesma. Evidencia-se, assim, nesse momento, a ocorrência de ágio gerado internamente.

O papel do laudo de avaliação não é relevante, nesse caso, pois não é o documento que gera o ágio. A rentabilidade futura deve ser passível de ser verificada no caso concreto, o que fica prejudicado quando se tratam de empresas vinculadas.

Ademais, o investimento de R\$ 109.600.000,00 realizado pela HOOVER na JCAE BR teve um curtíssimo tempo de vida.

Nesse sentido, as operações realizadas em datas muito próximas, além de denotar ausência de propósito negocial e de substrato econômico, reforçam o vínculo entre as envolvidas no processo de reestruturação societária que deram ensejo ao ágio sob exame.

O presente caso envolve ágio formado a partir de operação entre empresas do mesmo grupo, sem dispêndio de recursos e tendo como rentabilidade futura os lucros da própria empresa incorporada. Acrescente-se a isso a ausência de um intervalo mínimo entre as operações e se está diante de um ágio formado sem qualquer propósito negocial e sem substrato econômico. Logo, indedutível, por ausência dos requisitos de dedutibilidade.

Diante de todo o exposto, outra não pode ser a conclusão senão que a única diferença em relação ao resultado líquido obtido pela incorporação direta da Recorrente pela JCAE BR com o que o grupo econômico alcançou com esse conjunto de alterações societárias é justamente o direito à amortização do ágio na apuração da base de cálculo do IRPJ e da CSSL na empresa final.

Assim, por lhe faltar propósito negocial e fundamentação econômica, a reestruturação entre empresas do mesmo grupo econômico, engendrada com o objetivo de reduzir a tributação, não pode ser oponível ao Fisco, como é o caso dos autos.

Neste ponto, a jurisprudência do CARF é pacífica. Como fundamento subsidiário, cabe transcrever as conclusões do voto do ilustre Conselheiro Wilson Fernandes Guimarães quando apreciou a questão do ágio interno gerado mediante reorganização

societária envolvendo apenas empresas sob controle comum, no Acórdão nº 1301-00.058, decidido à unanimidade pela 1ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento do Carf, em sessão de 13 de maio de 2009, *litteris*:

O que se observa é que os administradores da Recorrente e de outras empresas a ela ligadas, em um prazo de cinco dias, tomando por base uma avaliação discutível do seu patrimônio, aproveitaram-se de uma reorganização societária para fazer surgir uma despesa vultosa, classificada como AGIO, e, a partir daí, reduzir o lucro tributável.

O planejamento tributário engendrado pela Recorrente, que ao menos no que tange aos seus efeitos fiscais revela o lado perverso das práticas adotadas sob esse manto, representou, em síntese, a criação de uma despesa que tem por base a própria mais valia do seu patrimônio, isto é, a contribuinte, a partir de uma avaliação encomendada por ela própria, fez refletir no seu ativo os resultados de uma suposta rentabilidade futura e, por meio de uma reorganização societária, sem despende um único centavo, transformou essa mais valia em uma despesa.

Como salientado pela autoridade fiscal, o ágio objeto de amortização por parte da Recorrente, na forma como foi criado, representa a sua própria expectativa de lucro, nascida em decorrência da avaliação solicitada da empresa ERNST & YOUNG.

O que salta aos olhos é que, como bem ressaltou a autoridade fiscal, a intenção da Recorrente foi, paralelamente aos interesses estritamente societários, forjar a existência de um ágio para, a partir da conseqüente redução da incidência tributária, propiciar ganhos para os seus acionistas. -

Note-se que a autoridade fiscal, ainda que tenha tratado o ágio apropriado como fruto de artificialismo, não questionou os motivos alegados pela Recorrente para promover as operações aqui tratadas, ou seja, diferentemente do arguido por ela, não se imiscuiu em seus negócios, declarando-os ilegais ou ilegítimos. Apenas e tão-somente demonstrou que os efeitos fiscais buscados pela empresa, a luz da legislação do imposto de renda, não poderiam ser admitidos.

A meu ver, outra não poderia ser a conclusão, pois, no caso vertente, em que a despesa apropriada decorreu de mais valia do patrimônio daquela que almeja beneficiar-se de sua dedutibilidade, não há que se falar em ágio decorrente de aquisição de participação societária.

Cumpre, ainda, afastar a alegação de validade do procedimento na vigência do art. 36, da Lei nº 10.637, de 2002. Até sua revogação, a partir de 1º de janeiro de 2006, o referido dispositivo previa:

Art. 36. Não será computada, na determinação do lucro real e da base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido da pessoa jurídica, a parcela correspondente à diferença entre o

valor de integralização de capital, resultante da incorporação ao patrimônio de outra pessoa jurídica que efetuar a subscrição e integralização, e o valor dessa participação societária registrado na escrituração contábil desta mesma pessoa jurídica. (Revogado pela Lei nº 11.196, de 2005)

§ 1º O valor da diferença apurada será controlado na parte B do Livro de Apuração do Lucro Real (Lalur) e somente deverá ser computado na determinação do lucro real e da base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido: (Revogado pela Lei nº 11.196, de 2005)

I - na alienação, liquidação ou baixa, a qualquer título, da participação subscrita, proporcionalmente ao montante realizado; (Revogado pela Lei nº 11.196, de 2005)

II - proporcionalmente ao valor realizado, no período de apuração em que a pessoa jurídica para a qual a participação societária tenha sido transferida realizar o valor dessa participação, por alienação, liquidação, conferência de capital em outra pessoa jurídica, ou baixa a qualquer título. (Revogado pela Lei nº 11.196, de 2005)

§ 2º Não será considerada realização a eventual transferência da participação societária incorporada ao patrimônio de outra pessoa jurídica, em decorrência de fusão, cisão ou incorporação, observadas as condições do § 1º. (Revogado pela Lei nº 11.196, de 2005)

Nota-se que o ágio previsto pelo art. 36 da Lei nº 10.637/2002, assim como pelos arts. 385 e seguintes do RIR/99, não visa refletir a reavaliação de uma participação societária por equivalência patrimonial, mas decorre da *mais valia* embutida no preço pago por um investimento.

À vista disso, o acréscimo patrimonial correspondente à diferença entre o valor de integralização de capital e o valor contábil dessa participação societária, deverá ser levado à tributação somente por ocasião da alienação, liquidação, baixa, ou conferência de capital em outra pessoa jurídica, nas condições estabelecidas no dispositivo. Em não havendo interesse em alienar, liquidar ou baixar a participação societária em jogo no caso concreto, por pertencer às mesmas pessoas, nunca haverá tributação.

Nesse sentido, é precisa a fundamentação contida no voto da ilustre Conselheira Edeli Pereira Bessa dado no processo administrativo nº 10980.017339/2008-78, que, embora vencido, representa a melhor interpretação da norma:

Do disposto no art. 36 da Lei nº 10.637/2002 infere-se que o legislador instituiu ali um benefício na tributação do ganho auferido na transferência de participação societária por valor superior ao patrimonial, na medida em que, verificando-se esta transferência em sede de integralização de capital de outra sociedade, aquela participação pertenceria ao mesmo titular que inicialmente a detinha, mas agora de forma indireta. Diferiu, assim, sua tributação para momento futuro, no qual esta participação indireta deixasse de existir.

E, se esta transferência se dá sem a participação de terceiros, ou seja, de forma que a titularidade da participação societária, ao final, permaneça com as mesmas pessoas que inicialmente as detinham, há, tão só, reavaliação do investimento, e não ágio por expectativa de rentabilidade futura.

Neste sentido, inclusive, são as lições de Hiromi Higuchi et alli, em sua obra Imposto de Renda das Empresas — Interpretação e prática (Editora IR Publicações, 290 edição, p. 360) ao tratar da reavaliação de participações societárias:

O art. 438 do RIR/99 dispõe que será computado na determinação do lucro real o aumento de valor resultante de reavaliação de participação societária que o contribuinte avaliar pelo valor de patrimônio líquido, ainda que a contra partida do aumento do valor do investimento constitua reserva de reavaliação.

Se a pessoa jurídica reavaliar investimento avaliado pela equivalência patrimonial não poderá diferir a tributação da contrapartida. O diferimento da tributação só é possível na reavaliação de participação societária avaliado pelo custo de aquisição. Neste caso, após a reavaliação se o investimento passar a ser avaliado pela equivalência patrimonial, o diferimento cessará.

A Receita Federal teve a infelicidade de incluir o art. 39 da MP nº 66, de 29-08- 2002, convertido no art. 36 da Lei nº 10.637, de 30-12-2002, dispondo:

I-...I A aplicação daquele artigo dá ensejo a planejamento tributário para aumentar o patrimônio líquido nas duas empresas, para cálculo de juros sobre o capital próprio. A empresa A que tem investimento na empresa B transfere o investimento como integralização de capital na empresa C, por valor bem superior ao contábil. A empresa A escritura a contrapartida da mais valia no resultado mas faz exclusão na determinação do lucro real e base de cálculo da CSLL, aumentando o patrimônio líquido com diferimento da tributação. A empresa C também aumentou o seu patrimônio líquido sem tributação.

A única forma de a Receita Federal corrigir a infelicidade é, por ato normativo, dizer que o art. 36 da Lei nº 10.637/2002 é aplicável somente para os investimentos avaliados pelo custo de aquisição. Isso porque, para os investimentos avaliados pela equivalência patrimonial existe a vedação do art. 438 do RIR/99, que por ser lei específica não foi revogado.

Diante de todos os argumentos até aqui expostos, considera-se que o aproveitamento de ágio gerado internamente para fins tributários deve ser rechaçado.

Em complemento à posição aqui demonstrada, cabe, ainda, tecer algumas considerações sobre o recente julgado que se afastou da jurisprudência sedimentada nessa matéria, consubstanciado na decisão proferida no acórdão nº 1101-00708, de 11/04/2012,

aprovado por maioria de votos, no processo mencionado anteriormente, devido à sua grande repercussão. Entende-se, com a devida vênia da maioria daquele colegiado, que os fundamentos apontados no voto vencedor verificam-se frágeis, como se demonstrará.

Sobre o tema de interesse, ficou consignado na ementa:

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

Como um dos principais argumentos favoráveis à tese da possibilidade de amortização do ágio interno, foi referido o artigo “*Incorporação reversa com ágio gerado internamente: consequências da elisão fiscal sobre a contabilidade*”, de autoria dos professores Eliseu Martins e Jorge Vieira da Costa Junior, disponível no endereço da Internet <http://www.congressosp. fipecafi.org/artigos42004>.

Os autores desse estudo, renomados profissionais da área contábil, abordaram a modalidade de incorporação reversa que toma por base o ágio gerado internamente, analisando e concluindo que, contabilmente, referido evento, do ponto de vista estritamente técnico, não é admissível, mas, do ponto de vista tributário, haveria previsão legal para sua consecução de acordo com o art. 36 da Lei nº 10.637, de 2002. As conclusões do referido trabalho, literalmente, foram:

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

Entretanto, o respaldo em legislação tributária para o fenômeno – ágio gerado internamente – dá sentido econômico à operação. Há de fato riqueza sendo gerada pelo grupo societário nesses arranjos só que, no caso, está sendo transferida do Estado para o grupo via renúncia fiscal. É bem verdade que referido respaldo legal concorre, ainda que indiretamente, para o retrocesso do estágio avançado de desenvolvimento em que se encontra a Contabilidade Brasileira. A bem da verdade, pavimenta um caminho tortuoso: o fomento à indústria do ágio.

Enquanto desenvolviam o assunto dentro de sua área de especialização, a contabilidade, os doutrinadores reconheceram categoricamente que o ágio gerado internamente não tem sentido econômico. De outro lado, ao adentrarem no campo tributário, concluíram que a legislação tributária, mais especificamente, o art. 36 da Lei nº 10.637, de 2002, é que daria sentido econômico à operação de geração de ágio interno.

Todavia, a interpretação dada pelos ilustres contabilistas é passível de críticas, quando analisada sob a ótica tributária. Por oportuno, transcreve-se outro trecho do

voto vencido no acórdão nº 1101-00.708, em que a ilustre Conselheira Edeli Pereira Bessa aponta a contradição presente no referido artigo:

Consignou esta Relatora a contradição presente em referido artigo, que de um lado conceitua ágio como resultado econômico obtido em um processo de compra e venda de ativos líquidos (net assets), quando estiverem envolvidas partes independentes não relacionadas, e repudia o reconhecimento de resultado derivado de transações entre entidades sob o mesmo controle, ou seja, sob a mesma vontade, concluindo ser inadmissível o surgimento de ágio em uma operação realizada dentro de um mesmo grupo econômico, mas de outro infere que a Fazenda Pública admite a dedução as amortizações deste valor como sendo ágio.

Dizem Eliseu Martins e Jorge Vieira da Costa Junior que o artigo 36 da Lei nº 10.637/2002 permite que grupos econômicos, em operações de combinação de negócios, criem, artificialmente, ágios internamente, por intermédio da constituição de "sociedades veículo", que surgem e são extintas em curto lapso temporal, ou pela utilização de sociedades de participação denominadas "casca", com finalidade meramente elisiva. Mas, como visto, o art. 36 da Lei nº 10.637/2002 deixa claro que não há renda tributável nestas operações, e determina o diferimento de eventual ganho de capital contabilizado. Para manter a coerência com este entendimento, o ágio eventualmente contabilizado em razão desta mesma operação não pode ser classificado como tal, nem ter os mesmos efeitos de uma mais-valia paga pela aquisição de um investimento entre partes não relacionadas.

Repudia-se, portanto, a afirmação contida naquele artigo, no sentido de que a Fazenda Pública perde porque permite a dedutibilidade da quota de ágio amortizada para fins de IRPJ e base de cálculo da CSLL, pois nenhum ato normativo da Receita Federal admite tal dedução. A resposta dada pela Fazenda Pública a estas ocorrências está expressa em reiterada jurisprudência administrativa deste Conselho, citada pela Procuradoria da Fazenda Nacional em suas contrarrazões, a qual manteve, até agora, todas as exigências formalizadas em razão da glosa do ágio gerado neste tipo operações.

Na medida em que o lucro real tem por base o lucro contábil, deve-se aplicar aqui o entendimento doutrinário acerca do que pode ser admitido conceitualmente como ágio, até porque, o art. 110 do CTN não permite à lei tributária alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias. E, como extensamente demonstrado neste voto, não só o artigo em destaque, como também a mais abalizada doutrina contábil, reafirmada pela Comissão de Valores Mobiliários, sempre repudiou a classificação da mais-valia gerada em operações intra-grupo como ágio.

Em síntese, como dito por esta Relatora durante a sessão de julgamento, não há o que se falar, aqui, em operações envolvendo entidades "A", "B" e "C", na medida em que o resultado final desta reorganização é a manutenção do controle de "A" sobre "B", que apenas transitoriamente passou a indireto, sob a titularidade da empresa veículo "C". Inexiste aquisição entre "A" e "C", inexistente ágio.

Assim, verifica-se que não há que se falar em ágio quando não existe alteração patrimonial decorrente de aquisição.

Ainda no voto vencedor do referido acórdão, a artificialidade da conduta foi descrita como uma expressão genérica, a qual seria insuficiente para caracterizar a irregularidade da operação de criação de ágio, por se considerar que o tudo o que é realizado de modo intencional (pelo contribuinte) é artificial e que “o fato de sua conduta ser intencional (artificial), não traz qualquer vício” [à operação].

A afirmação de que tudo que é intencional é artificial parece se espelhar na tese do escritor inglês Thomas Browne, que, no século XVII, escreveu: “tudo é artificial, uma vez que a Natureza é a arte de Deus”. Em outras palavras, tudo o que o homem constrói, seja de ordem material ou imaterial, é artificial. Sob esse prisma, a equiparação entre conduta intencional e conduta artificial faz sentido.

Ocorre que, dentro do ordenamento jurídico pátrio vigente no século XXI, intencionalidade não se confunde com artificialidade. Para fins tributários, é artificial a conduta (intencional, obviamente), mas que busca subterfúgios ou caminhos alternativos para escapar à tributação correta. Corresponde à intenção de se evadir à tributação criando mecanismos irregulares. Veja-se o exemplo do art. 285 do RIR/99:

*Art. 285. É facultado à autoridade tributária utilizar, para efeito de arbitramento a que se refere o artigo anterior, outros métodos de determinação da receita quando constatado qualquer **artifício** utilizado pelo contribuinte visando a frustrar a apuração da receita efetiva do seu estabelecimento (Lei nº 8.846, de 1994, art. 8º). (destaquei)*

Nesse caso, como em tantos outros, o termo “artifício” utilizado pelo legislador refere-se a um procedimento em desacordo com o que seria esperado na situação, com vistas a obter indevida desoneração tributária. Em outras palavras, a busca pela redução da carga tributária não pode se dar “a qualquer preço”.

Distingue-se, contudo, conduta artificial de conduta dolosa, pois nesta se configura a presença do ilícito. Nos casos de ágio gerado internamente, a artificialidade está na conduta de majorar o patrimônio apesar da inexistência de efetivo desembolso de recursos e de efetiva mudança de controle acionário, com o único propósito de reduzir a base tributável pelo aproveitamento de despesas de amortização do respectivo ágio. Todavia, é incabível a apropriação de despesas que não foram incorridas, pois, como não há transferência de controle entre as empresas, logicamente, não há aquisição de nova propriedade.

A lei não permite o ágio interno, porque deve ser interpretada de modo a se evitar a conduta abusiva, tendo em conta as exigências do bem comum e a função social da empresa, prevista no art. 170 da Constituição Federal.

A segurança jurídica, no caso, decorre da interpretação racional e lógica do ordenamento jurídico, pautado em orientações consistentes de órgãos normativos e na jurisprudência consolidada deste órgão de julgamento.

Como a Recorrente, em sua defesa, não logrou desconstituir os argumentos da autoridade fiscal, e diante da evidente caracterização de ágio formado internamente, outra não pode ser a conclusão senão pela indedutibilidade das despesas de ágio na apuração das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL devidas no período fiscalizado.

Assim, diante dos elementos dos autos, entende-se que restou caracterizada a existência de ágio criado pela recorrente dentro do grupo econômico, indedutível para fins de apuração do IRPJ e da CSLL, devendo ser mantida a autuação.

RECURSO DE OFÍCIO

Para fins de reexame necessário, a decisão recorrida atende aos requisitos definidos pelo art. 34 do Decreto nº 70.235/72, e alterações introduzidas pela Lei nº 8.748/93 e Lei nº 9.532/97, e pela Portaria MF nº 03, de 2008, visto que o crédito tributário exonerado em razão do montante exonerado na desqualificação da multa de ofício excede a R\$ 1.000.000,00.

A desoneração decorreu do entendimento de que inexistiu comprovação da intenção fraudulenta na conduta da recorrente, nos termos do art. 72 da Lei nº 4.502/64.

Segundo a autoridade fiscal, houve caracterização de fraude, consoante se extrai do TVF (fl.724), literalmente:

48. Especial atenção deve ser dedicada ao que dispõe o §1º do art. 44 da Lei nº 9.430/96, acima transcrito. Nele citado, o art. 72 da Lei nº 4.502/64 assim define fraude:

Art . 72. Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido, ou a evitar ou diferir o seu pagamento.

49. O procedimento adotado pela fiscalizada está compreendido na hipótese prevista na norma acima. Não cabe à companhia invocar desconhecimento ou prática de erro escusável: nem quando foi criado o ágio, nem quando ele começou a ser amortizado, nem em qualquer outro momento anterior ou posterior, o ágio interno foi aceito pela Contabilidade, pela CVM ou pelas regras tributárias. Vale relembrar que o custo histórico como base de valor já há muito está consagrado pela Contabilidade e, por extensão, pela legislação do imposto de renda, que apura o lucro real com observância dos preceitos das leis comerciais (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 6º, §1º).

50. A fiscalizada estava perfeitamente consciente da falta de propósito negocial do ágio gerado internamente, registrado apesar da ausência de custo. O intuito fraudulento torna-se ainda mais evidente quando se verifica que todas as transferências das quotas da JCAE efetuadas no exterior (v.

Tabela 1) foram feitas por seu valor patrimonial, padrão quebrado tão-somente quando internalizadas no Brasil — país onde se admite em determinadas condições, diferentes da ora analisada, a amortização de ágio pago. A "reavaliação" das quotas se deu, pois, por razões unicamente tributárias, sem qualquer propósito negocial.

51. Pelo exposto, fica patente a caracterização do intuito fraudulento, justificando-se plenamente a aplicação da multa qualificada. (destaquei)

A DRJ afastou a qualificação da multa por considerar não ter havido prova de dolo, fraude ou simulação por parte da Recorrente.

Em contrarrazões ao recurso voluntário, aponta a PGFN que a situação verificada nos autos enquadra-se como negócio jurídico simulado, nos termos do art. 167 da Lei nº 10.406, de 2002 (Código Civil).

Ocorre que, da acusação fiscal, não é isso o que se infere.

A qualificação da multa é medida extrema que exige a demonstração do evidente intuito de fraude a partir de uma conduta dolosa.

Inexiste, nos autos, a demonstração de que houve a utilização de algum mecanismo ou instrumento fraudulento a ensejar a qualificação da multa, mas apenas a acusação de que o contribuinte tinha consciência da falta de propósito negocial.

Nesse caso, é de se concordar com a conclusão da DRJ, pois o direito de defesa da recorrente restaria prejudicado, em razão dos termos da acusação não permitirem o alcance pretendido pela PGFN.

Dispositivo

Pelo exposto, voto por negar provimento ao recurso voluntário e negar provimento ao recurso de ofício.

(assinado digitalmente)

Viviane Vidal Wagner

Voto Vencedor

Conselheiro Carlos Alberto Donassolo, Redator designado

Em que pese os sólidos argumentos trazidos pela ilustre relatora do voto vencido, peço *vênia* para discordar do seu entendimento em relação à legalidade da dedução do ágio registrado, matéria que restou vencida na votação do presente acórdão.

Por oportuno, necessário deixar consignado que foram mantidos, por esta turma julgadora, os fundamentos trazidos pela ilustre relatora no que se refere à matéria relativa à qualificação da multa, uma vez não caracterizada a utilização de mecanismo fraudulento a ensejar a referida qualificação, de modo que essa matéria encontra-se fora de discussão no presente voto.

Conforme amplamente exposto pelo Relatório de Verificação Fiscal, a fiscalização constatou que quotas da empresa denominada JCAE do Brasil foram transferidas/cedidas à fiscalizada JCBA, pela sua controladora HOOVER, cuja contrapartida foi o aumento de capital na segunda empresa. A glosa foi efetuada por ter sido considerado que a transação se deu entre empresas do mesmo grupo econômico e que não houve efetivo dispêndio financeiro, o que caracterizaria a inexistência de substrato econômico e negocial.

O acórdão de primeira instância e o voto vencido seguiram na mesma linha de fundamentação, ou seja, para ser considerada despesa dedutível, o ágio suportado pela empresa com a aquisição de participação societária deve ter como origem, concomitantemente, um propósito negocial, compreendido este como a motivação para adquirir um investimento por valor superior ao custo original, bem como um efetivo substrato econômico, decorrente da aquisição de negócio comutativo entre partes independentes, com dispêndio de recursos e previsão de ganho, hipóteses que não teriam se confirmado no presente caso.

Para melhor entendimento da matéria, convém relembrar os principais pontos da reestruturação societária que resultou no surgimento do ágio ora discutido:

(1) O grupo JCI (USA) adquire, em 25/07/2001, por intermédio da JCH SAS, braço francês do grupo JCI, a totalidade das ações da SAGEM SAS (França), mediante pagamento de € 525.000.000,00. A SAGEM SAS (França) controlava a SAGEM (EUA) e a SAGEM (BR). Após a venda, os nomes das empresas foram assim alterados: SAGEM SAS (França) para JCAE SAS; SAGEM (EUA) para JCAE Inc; e SAGEM (BR) para JCAE do Brasil;

(2) Em 17/12/2003, a empresa JCHC (USA) e a empresa HOOVER (USA), ambas controladas pela JCI (USA), adquirem da JCI (USA), a totalidade das quotas da JCAE do Brasil por US\$ 37.202.650,00, sendo que a empresa JCHC pagou US\$ 31.611.092,00 e a HOOVER US\$ 5.591.558,00.

(3) Na mesma data, em 17/12/2003, ocorreu a redução do capital da JCHC (USA), no valor de US\$ 31.611.092,00, mediante a transferência das quotas da JCAE do Brasil para a JCI (USA), sua controladora.

(4) Em 18/12/2003, ocorreu o aumento do capital da HOOVER (USA), em US\$ 31.611.092,00, mediante subscrição e integralização pela JCI (USA) das quotas da JCAE do Brasil.

(5) Em 18/12/2003, houve o aumento do capital da ora fiscalizada JCBA, em R\$ 109.375.791,00, mediante conferência das quotas da JCAE do Brasil, feita pela sua controladora HOOVER, representando esse valor a conversão do valor em dólares (US\$ 37.202.650,00) para a moeda nacional à taxa de câmbio da época (R\$ 2,94).

(6) Baseado em laudo de avaliação de 18/12/2003 - fls. 91, chegou-se a um valor de mercado da JCAE do Brasil, em 30/11/2003, de R\$ 109.600.000,00, com um ágio de R\$ 75.759.917,68.

(7) Em 31/08/2004, a JCBA (fiscalizada) incorpora a sua controlada, a JCAE do Brasil, começando a amortizar o ágio de R\$ 75.759.917,68 relativo à expectativa de resultados futuros da JCAE do Brasil, à razão de 1/60 ao mês, considerando a despesa correspondente dedutível na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL.

A fiscalização sustenta que o ágio teria sido gerado apenas em 18/12/2003, quando da conferência das quotas da JCAE do Brasil ao capital da JCBA (fiscalizada), dentro do mesmo grupo econômico (ágio interno), portanto, sem propósito econômico e sem o efetivo desembolso financeiro.

Entretanto, a descrição das reorganizações societárias relatadas acima, demonstram que essas reorganizações se iniciaram em data anterior ao que foi considerado pela fiscalização (18/12/2003).

Conforme descrito acima, as operações de aquisição das empresas envolvidas, dentre elas a aquisição do controle societário da SAGEM (BR) (denominação depois alterada para JCAE do Brasil (incorporada pela fiscalizada JCBA), iniciaram-se em 25/07/2001, quando a empresa JCI (USA) adquire, por intermédio da JCH SAS, braço francês do grupo JCI, a totalidade das ações da SAGEM SAS (França), mediante pagamento de € 525.000.000,00. A SAGEM SAS (França), por seu turno, detinha o controle da SAGEM (BR).

Em consequência dessas transações, pode-se facilmente verificar que no valor pago de € 525.000.000,00, encontrava-se o ativo representado pelas quotas da SAGEM-BR (JCAE do Brasil) pertencentes à empresa adquirida, a SAGEM SAS (França). Essa situação, aliás, foi também descrita no relatório deste Acórdão, nos seguintes termos:

“ (...) pois a operação inicial foi feita entre partes independentes e que no valor total pago pelo grupo JCI (€ 525.000.000,00) estaria o valor de € 42.192.265,00 que corresponderia ao valor de US\$ 37.202.780,00, valor este equivalente ao valor do custo que a HOOVER incorrera para adquirir as quotas da JCAE do Brasil (R\$ 109.375.791,00).”

De acordo com o descrito acima, a primeira conclusão a que se chega é que a fiscalização não levou em consideração a origem da negociação que levou à reorganização societária das empresas envolvidas. O agente fiscal desenvolveu seu raciocínio a partir das operações realizadas em 18/12/2003, e não em 25/07/2001, data em que se iniciou todo o processo de aquisição da empresa SAGEM-BR (JCAE do Brasil) e da reorganização societária levada a efeito no grupo JCI (USA) e, por consequência, na JCBA (fiscalizada).

Além disso, outros dois fatos mostram-se cruciais para o deslinde do presente litígio. Em primeiro lugar, verifica-se que as negociações ocorreram com empresas de diferentes grupos econômicos, JCI (USA) e SAGEM (França). Em segundo lugar, constata-se que ocorreu o efetivo desembolso financeiro na operação, aí incluído o desembolso pela aquisição da empresa antes denominada SAGEM-BR, que passou a ser denominada JCAE do Brasil, incorporada pela fiscalizada JCBA. Esses fatos afastam, de imediato, a hipótese da ocorrência de simulação, situação, aliás, sequer aventada pela fiscalização.

Essas constatações enfraquecem toda a fundamentação utilizada pelo agente fiscal, e pelo acórdão recorrido, quanto à falta de propósito negocial e do efetivo dispêndio de recursos nas operações de aquisições/reestruturação societária.

Não bastasse o equívoco cometido quanto às premissas iniciais, é preciso também analisar o aspecto relativo à disciplina legal do ágio, que parece não ter sido bem aplicado pela autoridade lançadora.

A autoridade fiscal afirma que o ágio amortizado na JCBA (autuada) é o ágio da JCAE Brasil que já existia na HOOVER (controladora da autuada), e que teria ocorrido a transferência desse ágio para a JCBA por ocasião do aumento de capital nesta última, feito mediante conferência das quotas da JCAE do Brasil.

Tal afirmação é equivocada. Não se pode confundir o pretenso ágio que teria surgido na investidora HOOVER quando do aumento do seu capital com quotas da JCAE do Brasil (18/12/2003), com o ágio que nasce na JCBA, quando do aumento do capital nesta última (18/12/2003), mediante entrega, pela HOOVER, de quotas da JCAE do Brasil.

São ágios diferentes. O primeiro ágio surgiu com as negociações realizadas entre a HOOVER(USA) e a JCI (USA). O segundo, quando do aumento de capital realizado pela HOOVER(USA) em sua controlada, a JCBA (fiscalizada).

Para bem compreender a regulamentação do ágio, é preciso identificar e distinguir com clareza a situação que dá nascimento ao ágio e nas hipóteses que implicam na transferência do ágio.

Para melhor compreensão, necessário que se transcreva a legislação que trata da matéria, em especial os arts. 385 e 386 do RIR/99:

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.

§ 1º O valor de patrimônio líquido e o ágio ou deságio serão registrados em subcontas distintas do custo de aquisição do investimento (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20, § 1º).

§ 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):

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

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

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):

I - deverá registrar o valor do ágio ou deságio cujo fundamento seja o de que trata o inciso I do § 2º do artigo anterior, em contrapartida à conta que registre o bem ou direito que lhe deu causa;

II - deverá registrar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata o inciso III do § 2º do artigo anterior, em contrapartida a conta de ativo permanente, não sujeita a amortização;

III - poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata 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;

IV - deverá amortizar o valor do deságio cujo fundamento seja o de que trata o inciso II do § 2º do artigo anterior, nos balanços correspondentes à apuração do lucro real, levantados durante os cinco anos-calendário subsequentes à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no mínimo, para cada mês do período de apuração.

§ 1º O valor registrado na forma do inciso I integrará o custo do bem ou direito para efeito de apuração de ganho ou perda de capital e de depreciação, amortização ou exaustão (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, § 1º).

§ 2º Se o bem que deu causa ao ágio ou deságio não houver sido transferido, na hipótese de cisão, para o patrimônio da sucessora, esta deverá registrar (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, § 2º):

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

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

(...)

§ 6º O disposto neste artigo aplica-se, inclusive, quando (Lei nº 9.532, de 1997, art. 8º):

I - o investimento não for, obrigatoriamente, avaliado pelo valor do patrimônio líquido;

II - a empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a propriedade da participação societária.

(destaques meus)

Conforme se vê, o art. 385 do RIR/99 define o que é ágio, disciplina o seu registro e é dele que se infere os pressupostos do ágio. O ágio é a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor patrimonial das ações/quotas adquiridas. Além disso, conforme a legislação tributária, para fins fiscais, o ágio surge na aquisição de ações/quotas por valor maior que o patrimonial. Indiferente que a aquisição decorra de uma compra ou da conferência de quotas/ações (troca) para a integralização(aumento) de capital recebidas por valor acima do valor patrimonial. A aquisição é gênero, do qual a compra ou a troca, por exemplo, são espécies.

No caso dos autos, a JCBA (fiscalizada) efetuou o aumento do seu capital com a conferência de quotas da JCAE do Brasil por um valor acima do valor patrimonial desta última, de modo que o valor total do investimento precisa ser desdobrado e registrado em sub-contas distintas (art. 385 do RIR/99): i) o valor patrimonial das ações/quotas recebidas; e o valor do ágio.

Por seu turno, o ágio nasce quando uma empresa adquire participação relevante em outra sociedade e somente se transfere por incorporação reversa, cisão ou fusão (art. 386 do RIR/99).

Não se pode confundir a transferência das ações/quotas, por meio de aquisições (conferência de ações/quotas), com a transferência do ágio. A transferência das ações/quotas não implica em transferência de ágio, mas em extinção do ágio que havia na alienante e surgimento de um novo ágio na adquirente.

Partir da premissa que existe transferência de ágio, quando na verdade existe um novo ágio conduz a interpretações equivocadas. Assim, por exemplo, se o dono de investimento adquirido com ágio efetuar a alienação desse investimento, terá que dar baixa do seu investimento (extinguindo o ágio) e o novo adquirente registrará o seu investimento com ágio. As ações/quotas podem ser as mesmas, mas os ágios são diferentes.

Em outras palavras, quando as ações/quotas da investida são alienadas/transferidas, na sequência, a cada alienação nascerá um novo ágio registrado na contabilidade da adquirente. Percebe-se que são as ações/quotas que estão sendo transferidas e

não o ágio. Nessas operações o ágio não se transfere. Este se extingue (na alienante) e nasce (na adquirente), a cada operação.

No presente caso, ao se efetuar o aumento do capital da HOOVER, com quotas da JCAE do Brasil (18/12/2003), pode ou não ter surgido um ágio. Esse fato em nada interessa para a JCBA (fiscalizada). Já quando surge o ágio na JCBA, pelo aumento do seu capital com a conferência de quotas da JCAE do Brasil (18/12/2003), este é um novo ágio. Isso se deve porque ocorreu uma alienação de quotas da HOOVER para a fiscalizada (conferência de quotas pela HOOVER), quotas que foram precificadas por um Laudo de Avaliação da empresa objeto da conferência de quotas, a JCAE do Brasil, nos exatos termos do que dispõe o art. 385 do RIR/99.

A HOOVER, ao adquirir, mediante aumento do seu capital, as quotas da JCAE Brasil, passou a ser investidora desta última. Já ao fazer o aumento de capital na JCBA, com as quotas da JCAE do Brasil que detinha, a investidora HOOVER dá baixa no antigo investimento (JCAE) e registra um novo/aumento do seu investimento na JCBA.

De outra banda, no momento da aquisição das quotas da JCAE do Brasil, em razão da operação de aumento de capital na JCBA (investidora), esta registra no seu ativo as quotas da JCAE do Brasil pelo valor patrimonial e indica como ágio a diferença desse valor com o valor do Laudo de Avaliação com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros, nos termos do art. 385 do RIR/1999. Nesse momento, surge um novo ágio. É esse novo ágio, na JCBA (fiscalizada), que poderá ser amortizado em razão da incorporação da investida (JCAE do Brasil), na proporção de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração, com fundamento no art. 386 do RIR/1999.

Em síntese, do ponto de vista jurídico, o ágio registrado na JCBA é um novo ágio que nasce apenas no momento em que ela aumenta o seu capital com quotas da JCAE do Brasil. Não existe uma transferência jurídica do ágio que havia na antiga investidora HOOVER para a JCBA. O que foi transferido foi a titularidade das quotas.

Dessa forma, forçoso concluir que o ágio gerado no aumento de capital da JCBA (fiscalizada), mediante conferência de quotas da JCAE do Brasil, é um ágio novo e atendeu aos requisitos do art. 385 do RIR/99, podendo ser amortizado a partir da incorporação dessa última (investida) nos termos do art. 386 do RIR/99 e ser excluído da base de cálculo na apuração do IRPJ e da CSLL, exatamente como procedido pela autuada.

Em face do exposto, é de se dar provimento ao recurso voluntário quanto à matéria relativa à dedutibilidade do ágio na apuração do IRPJ e da CSLL.

(documento assinado digitalmente)

Carlos Alberto Donassolo