



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

Processo nº 16643.720027/2011-58
Recurso nº De Ofício e Voluntário
Resolução nº **1301-000.349 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Data 08 de junho de 2016
Assunto CONVERSÃO EM DILIGÊNCIA - SOBRESTAMENTO
Recorrentes FAZENDA NACIONAL
INTERCEMENT BRASIL S/A (NOVA DENOMINAÇÃO DE CAMARGO
CORRÊA CIMENTOS S/A)

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, CONVERTER o julgamento em diligência, nos termos do relatório e voto proferidos pelo relator.

“documento assinado digitalmente”

Wilson Fernandes Guimarães

Presidente e Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Wilson Fernandes Guimarães, Waldir Veiga Rocha, Paulo Jakson da Silva Lucas, Flávio Franco Correa, Hélio Eduardo de Paiva Araújo, José Eduardo Dornelas Souza e Marcos Paulo Leme Brisola Caseiro.

Relatório

INTERCEMENT BRASIL S/A, já devidamente qualificada nos autos, inconformada com a decisão prolatada pela 5ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em São Paulo, São Paulo, que manteve, em parte, os lançamentos tributários efetivados, interpõe recurso a este colegiado administrativo objetivando a reforma da decisão em referência.

A referida Turma Julgadora, de igual modo, por ter exonerado crédito tributário em montante superior ao seu limite alçada, impetrou recurso de ofício.

Aproveito fragmentos do relatório constante na decisão de primeiro grau para descrever a matéria tributária apurada e as razões aportadas ao processo por meio de peça impugnatória.

DA AUTUAÇÃO

Conforme Termo de Verificação Fiscal de fls. 1455/1477, em fiscalização empreendida junto à contribuinte acima identificada, relativa aos anos-calendário de 2006 e 2007 e relacionada às atividades exercidas no exterior, constatou-se o seguinte:

DAS ATIVIDADES EXERCIDAS NO EXTERIOR DESCRIÇÃO DOS FATOS

A presente fiscalização refere-se aos anos-calendário de 2006 e 2007 e teve origem no MPF (Mandado de Procedimento Fiscal) nº 0817100/2009002395, de 30 de novembro de 2009.

Em 07/12/2009, a contribuinte foi intimada a informar, dentre outras coisas, sobre os ágios em investimentos e suas respectivas amortizações, além dos contratos de mútuos e suas respectivas planilhas de cálculo, relativos aos anos-calendário de 2006 e 2007.

Em atendimento às solicitações, a empresa apresentou documentação informando que a empresa fiscalizada é detentora de 100% da empresa Cauê Finance Limited, que foi a detentora das Fixed Rates Notes (FRNs), no exterior, nos anos-calendário de 2006 e 2007.

Na mesma ocasião a contribuinte também forneceu cópia das Atas das Assembléias Gerais Ordinárias e Extraordinárias da empresa.

DO PREÇO DE TRANSFERÊNCIA INTERNACIONAL DE JUROS EMPRÉSTIMOS RECEBIDOS DE PESSOA VINCULADA NO EXTERIOR

A contribuinte emitiu em 1997, como forma de captar recursos financeiros, Fixed Rate Notes (FRNs) em um único lote de US\$ 150.000.000, operação registrada no Banco Central conforme Certificado de Registro nº 241/33955.

A empresa Cauê Finance foi detentora de tais FRNs, nos anos-calendário de 2006 e 2007, conforme resposta dada pela contribuinte ao item 2, da Intimação nº 04, de 18/08/2010.

A contribuinte remeteu juros, nos anos-calendário de 2006 e 2007, para sua subsidiária no exterior, conforme pode se observar na planilha "Eurobonus", fornecida pela contribuinte.

Entretanto, a intenção da contribuinte era a transferência de recursos para sua subsidiária no exterior, mediante o pagamento de juros, o que produz os mesmos efeitos de um contrato de mútuo, apesar de revestido de outra forma (emissão das FRNs). Afinal, que outro motivo poderia haver, uma vez que a emissão das FRNs tem por objetivo captar novos recursos para a fiscalizada. Como essa captação poderia acontecer, uma vez que a detentora das FRNs é sua própria subsidiária? Além do mais, a contribuinte, com o recebimento dos recursos provenientes da aquisição das FRNs pela sua subsidiária Cauê Finance, decidiu continuar pagando juros e transferindo recursos para o exterior, ao invés de quitar o contrato emitido em 22/07/1997 e com vencimento em 22/07/2005. Fica claro, o intuito da contribuinte em reduzir os seus resultados mediante o pagamento de juros. E ainda por cima, com uma taxa superior a que se praticaria com uma operação de mútuo comum.

Tendo em vista as informações acima, fica patente que durante os anos de 2006 e 2007 a fiscalizada não estava apropriando despesas com o pagamento de juros de uma operação de lançamento de FRNs e sim de uma operação de mútuo entre empresas vinculadas, com uma taxa muito superior ao que permite a legislação pertinente ao assunto.

As transferências de recursos para o exterior, sob a forma de pagamento de juros da contribuinte para sua subsidiária Cauê Finance estão disciplinadas na legislação de preço de transferências internacionais de juros, conforme artigo 22 da Lei 9.430/96.

As remessas de recursos para exterior, representadas pelos pagamentos de juros da contribuinte para sua subsidiária no exterior, deveriam ter sido registradas no Banco Central do Brasil, como uma operação de mútuo entre pessoas vinculadas, enquadrando-se no disposto no supracitado artigo 22.

A Cauê Finance, nas remessas de juros recebidas da fiscalizada, durante os anos-calendário de 2006 e 2007, enquadra-se no conceito de pessoa vinculada, conforme disposto no artigo 23 da Lei nº 9.430/96 e no artigo 2º, da IN SRF nº 38/97.

O artigo 22, § 3º da Lei nº 9.430/96 fixou um limite de despesa financeira que a fiscalizada, domiciliada no Brasil, deve reconhecer nas operações de mútuo com a pessoa vinculada. O limite máximo fixado é a taxa Libor para os depósitos em dólares dos Estados Unidos da América pelo prazo de seis meses, acrescida de 3% ao ano, a título de spread. Ao se utilizar de uma manobra para que todas as FRNs de sua emissão ficassem de posse de sua controlada, a fiscalizada apropriou uma despesa de juros muito maior do que permite a legislação.

A legislação de preço de transferência internacional de juros também é aplicada na apuração da base de cálculo da CSLL, conforme dispõe o artigo 28 da Lei nº 9.430/96.

O cálculo da taxa de juros (Libor + 3% aa) encontra-se na tabela em anexo (Anexos I e II). As diferenças encontradas, em relação aos juros, devem ser glosadas e objeto de lançamento tributário.

DA AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO

Das empresas envolvidas

As empresas envolvidas são as seguintes:

- Camargo Corrêa Cimentos S.A. (CCC), atual Intercement Brasil S.A., a fiscalizada, CNPJ nº 62.258.884/000136;
- Cauê Investments Limited (Ilhas Cayman)
- Camargo Corrêa S.A. (CCSA), CNPJ 01.098.905/000109;
- Camargo Corrêa Investments Holding Limited (Ilhas Virgens Britânicas)
- Gaby1 Holdings LLC (EUA)
- Gaby2 Holdings LLC (EUA)
- Gaby3 Holdings LLC (EUA)
- Holdtotal S.A. (Argentina)
- Loma Negra C.I.A.S.A. (Argentina)

Da descrição dos fatos

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

Em 27 de maio de 2005 foram constituídas as holdings Gaby1, Gaby2 e Gaby3 (Gaby's), localizadas no Estado de Delaware (EUA), para operacionalizar as negociações e facilitar a transferência dos controles direto da Holdtotal e indireto da Loma Negra, cuja atividade principal consiste na fabricação e comercialização de cimento, para a CCSA.

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

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

- a criação de 3 empresas LLC em Delaware, EUA (Gaby1, Gaby2 e Gaby3);
- a doação de todos os "Direitos de Ações Objeto" das vendedoras pessoas físicas para essas empresas;
- a compra de todo o direito, titularidade e participação das vendedoras pessoas físicas em relação às ações dessas empresas (a "Operação com Direitos de Ação Objeto") pela compradora;

(2) as Vendedoras transferiram as ações dessas empresas para o Truste, The Bank of New York;

(3) a Compradora efetuou o pagamento do preço ajustado para o Truste.

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

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

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

Em 30 de novembro de 2005, a CCSA transferiu a titularidade da totalidade das suas ações das empresas Gaby's para sua controlada CCC, que atua no mesmo ramo da empresa adquirida indiretamente na Argentina (Loma Negra). Essa transferência ocorreu devido à aprovação de um aumento de capital no valor de R\$ 1.266.866.528,37, na CCC, aprovado pela Ata da Assembléia Geral Extraordinária CCSA, realizada nessa data e pelo pagamento de uma dívida que a CCSA tinha com a Cauê Investiments de aproximadamente R\$ 440.720.980,00 que, com a sua extinção, o direito transferiu-se para sua controladora, a CCC, pelo instituto da subrogação (artigo 347, inciso I, do Código Civil), totalizando um valor de R\$ 1.707.587.508,37.

Os balanços patrimoniais das empresas Gaby1, Gaby2, Gaby3 eram compostos apenas das contas de Participações em Investimentos contra Patrimônio Líquido, tanto na data de 30/06/2005, como em 30/11/2005, correspondendo aos valores de R\$ 102.555.576,00, R\$ 29.322.320,00 e R\$ 4.079.393,00, respectivamente, totalizando um valor de R\$ 135.957.289,00.

Portanto, a CCSA comprou as empresas Gaby's com um ágio de R\$ 1.571.630.219,37 e transferiu a titularidade das empresas citadas, juntamente com o ágio pago para sua controlada CCC.

Em 01 de dezembro de 2005, a CCC incorporou as empresas Gaby's, conforme Ata da Assembléia Geral Extraordinária, realizada nessa data, iniciando a amortização do ágio. A tabela a seguir demonstra apenas o valor de amortização utilizado durante o período coberto por este Termo de Verificação Fiscal:

Período	Valor amortizado (R\$)
01/01/2006 a 31/12/2006	196.453.777,42
01/01/2007 a 31/12/2007	196.453.777,42

Em 07 de dezembro de 2005, foi providenciado o encerramento/cancelamento das empresas Gaby's, no Estado de Delaware, nos EUA, tendo em vista suas extinções pelas incorporações realizadas no Brasil, em 01/12/2005.

Da amortização do ágio

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

A análise dos fatos a seguir conduz inexoravelmente à conclusão de que a contribuinte não preencheu as condições impostas pelo legislador para deduzir os encargos de amortização do ágio em comento, para efeito de apuração das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL (artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, que fazem referência ao artigo 20 do Decreto-lei nº 1.598/77, matrizes legais dos artigos 385 e 386 do RIR/99).

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

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

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

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

Apenas para efeito ilustrativo, convém discutir o papel da Loma Negra no mercado de cimentos da Argentina, o que certamente influenciou no sobre preço pago pela CCSA na compra de suas controladas Gaby's. Em uma época em que verdadeiras "batalhas" no mercado de cimento já vinham sendo travadas entre as empresas (o que se verifica até hoje) de modo a aumentar suas participações no mercado, é inegável que a Loma Negra é uma das maiores empresas de cimento da Argentina, o que constituía um ativo de grande valor para a empresa que adquirisse seu controle. Neste sentido, é fato inconteste que este ativo influenciou o ágio pago pela CCSA, na compra das empresas Gaby's.

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

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

Outro fator que também influenciou o ágio despendido foi o complexo de empresas subsidiárias que a Holdtotal detinha, fora a Loma Negra. Dentre elas constam

Betel S.A., Reycomb S.A., Cofesur S.A., Compania Argentina de Cemento Portland S.A., Escofer S.A., Compania de Servicios a La Construccion S.A., sociedades anônimas constituídas na cidade de Buenos Aires, Canteras Del Riachuelo S.A. (Uruguai) e Cementos Del Plata S.A. (Uruguai).

Ao sustentar que o ágio pago se fundou em expectativas de rentabilidade futura, o que se apresenta absolutamente fictício, o grupo econômico ilicitamente aspirou ao benefício fiscal de amortizar o ágio pago, a despeito de a legislação vedar tal benesse em relação àquele estribado em outros fundamentos econômicos.

Cabe ressaltar, que a CCC contratou a empresa KPMG Corporate Finance Ltd. para a realização de um "Estudo de valor das empresas Gaby1 Holding, LLC, Gaby2 Holding, LLC Gaby3 Holding, LLC", realizado apenas em 18/06/2010, após o início da fiscalização, lapso temporal muito dilatado, da data em que ocorreram as transações e com o objetivo de tentar justificar o fundamento econômico da expectativa de rentabilidade futura, que possibilitava a benesse da amortização do ágio. Além disso, a empresa contratada quer eximir-se de qualquer responsabilidade quanto a uma nova avaliação econômico-financeira na Loma Negra, ressaltando que: *"o escopo do trabalho não incluiu a elaboração de nova avaliação econômico-financeira da Loma Negra, assim como das Empresas, mas apenas a formalização do estudo de rentabilidade futura feito quando da Transação. Nesse sentido não somos responsáveis pelas premissas de projeções do estudo de rentabilidade futura da Loma Negra."* (pág. 5, parágrafo 3º do Estudo de Valor das empresas Gaby1 Holding, LLC, Gaby2 Holding, LLC Gaby3 Holding, LLC, realizado pela KPMG Corporate Finance Ltd.).

Na época da transação, mais precisamente em 29 de março de 2005, foi elaborado um estudo, pelo grupo econômico Camargo Corrêa e seus assessores financeiros (Banco Goldman Sachs), denominado de "Gaby Avaliação Atualizada (fls. 6)", o qual contém os seguintes valores:

- Valor da Empresa Atualizado US\$ 1.080 milhões
- Dívida Líquida Atualizada US\$ 251 milhões
- Média Revisada do Valor do Capital US\$ 829 milhões
- Valor Atual do Capital (Proposta Atual) US\$ 772 milhões

Relembrando, as empresas Gaby's foram compradas pela CCSA pelo valor de US\$ 775.818.303,00 (R\$ 1.707.587.508,37), em 09/11/2005, apesar de serem constituídas por um Patrimônio Líquido de US\$ 61,8 milhões (R\$ 135.984.289,00) e com um ágio de US\$ 714 milhões (R\$ 1.571.603.219,37) e no estudo elaborado pelo grupo econômico Camargo Corrêa e seus assessores financeiros, a Média Revisada do Valor do Capital era de US\$ 829 milhões, em 29/03/2005. Diante dos fatos apresentados, cabe indagar: O Grupo Camargo Corrêa pagou algum ágio ou teve ganho de capital na compra das empresas Gaby's? Qual foi o intuito da criação das empresas Gaby's, sendo que as sócias já detinham as participações nas empresas Holdtotal e Loma Negra? Qual a expectativa de rentabilidade futura? Por que foram feitos dois estudos das empresas Gaby's, sendo que um deles quase cinco após a transação e durante a fiscalização? Apenas para tentar uma justificativa perante o Fisco?

Também as demais condições legalmente impostas não foram cumpridas para a dedutibilidade dos encargos de amortização do suposto ágio, conforme a seguir demonstrado.

Na situação posta, as operações societárias engendradas pelo grupo econômico Camargo Corrêa tiveram como objetivo aproveitar-se da amortização do ágio pago pela CCSA e gerado quando da aquisição das ações das empresas Gaby's (concretizadas em 09/11/2005) e transferidas para a fiscalizada em 30/11/2005 e no dia seguinte incorporadas. E o ponto de partida para tal apropriação do ágio na fiscalizada deu-se com o aumento de capital na CCC, ocorrido em 30/11/2005, com a transferência das ações das empresas Gaby's e pelo pagamento de uma dívida, que a CCSA tinha com Cauê Investimentos, que com sua extinção, o direito transferiu-se para sua controladora a CCC, pelo instituto da subrogação (artigo 347, inciso I, do Código Civil). Conclui-se, por conseguinte, que o ágio inicialmente pago pela CCSA foi transferido indevidamente para a fiscalizada.

O objetivo do grupo econômico Camargo Corrêa de utilizar-se das empresas adquiridas, Gaby's, era carrear tal ágio para a fiscalizada. Tanto é assim que as empresas foram constituídas apenas para facilitar a concretização das transações de Compra e Venda de Ações ("Stock Purchase Agreement") e a subscrição de capital na CCC e a conseqüente transferência do ágio da CCSA para a fiscalizada, sendo efêmeras suas existências legais (foram constituídas em 05/2005, adquiridas em 09/11/2005, transferidas em 30/11/2005 e incorporadas em 01/12/2005), sendo que no breve período em que foram dotadas de personalidade jurídica, os balanços patrimoniais das empresas Gaby1, Gaby2, Gaby3 foram compostos apenas das contas de Participações em Investimentos contra Patrimônio Líquido.

Mostra-se flagrante a intenção do grupo econômico de adquirir as empresas com o fim único de transferir o ágio. Trata-se de um caso típico de "empresas-veículo", criada com este único intuito. A recente jurisprudência administrativa (destaque-se o Acórdão nº 103-23290, do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais) vem sendo firmada no sentido de se exigir um propósito comercial em operações societárias que visem apenas e tão-somente alcançar benefícios fiscais, tal como no caso em tela.

A transferência do ágio pago pela CCSA constituiu a "operação-chave", a partir da qual o grupo econômico Camargo Corrêa pretendeu aproveitar-se do benefício fiscal concedido pela legislação pátria para diminuir as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL.

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

As condições de dedutibilidade de encargos de amortização de ágio previstas no artigo 386 do RIR/99 têm como pressuposto uma anterior contabilização do custo de aquisição do investimento, "por ocasião da aquisição da participação", nos termos do artigo 385 do RIR/99.

Resta incontestável, portanto, que o previsto no artigo 385 do RIR/99 não é aplicável à CCC, pois a fiscalizada não comprou as empresas Gaby's, que foram usadas para a conferência de bens na subscrição de ações pelo seu valor "cheio", isto é, pelo seu valor de patrimônio líquido mais o ágio pago, quando de sua aquisição pela CCSA.

Em sendo indiscutível a inaplicabilidade da norma contida no artigo 385, § 2º, inciso II, do RIR/99 à operação que deu origem ao ágio pago na aquisição das ações das empresas Gaby's, também é de cristalina certeza a não subsunção dos fatos correspondentes às operações societárias subseqüentes (incorporação) à norma prevista no artigo 386, inciso III, do RIR/99, uma vez que a incidência daquela constitui

pressuposto para a dedutibilidade autorizada por esta (atendidas as demais condições por ela impostas).

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

Se não bastassem os argumentos até aqui expostos constituírem fundamentos suficientes para que se conclua que os encargos de amortização do ágio não poderiam reduzir as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL na CCC, cabe abordar outro aspecto que por si só impossibilita a amortização do ágio pretendido pela CCC.

A análise dos fatos a seguir conduz inexoravelmente à conclusão de que a CCC está impedida de deduzir os encargos de amortização do ágio em comento, para efeito de apuração das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL. Para tanto, é oportuno destacar os dispositivos legais que tratam do assunto: os artigos 22, § único e 23, § único, do Decreto-Lei nº 1.598/77, alterado pelo Decreto-Lei nº 1.648/78, matrizes legais dos artigos 388, § 1º e 389, § 1º do RIR/99.

Cabe lembrar que em 30 de novembro de 2005, a CCSA transferiu a titularidade da totalidade das suas ações nas empresas Gaby's para sua controlada CCC, que atua no mesmo ramo da empresa adquirida indiretamente na Argentina (Loma Negra). Essa transferência ocorreu devido à aprovação de um aumento de capital no valor de R\$ 1.266.866.528,37, na CCC, aprovado pela Ata da Assembléia Geral Extraordinária, de 30/11/2005 e pelo pagamento de uma dívida que a CCSA tinha com a Cauê Investiments, de aproximadamente R\$ 440.720.980,00, que com sua extinção, o direito transferiu-se para sua controladora a CCC, pelo instituto da subrogação (artigo 347, inciso I, do Código Civil), totalizando um valor de R\$ 1.707.587.508,37. Portanto, nesta data a CCC passou a ser controladora das empresas Gaby's, conforme disposto no artigo 243, § 2º, da Lei nº 6.404/76.

Como já discorrido anteriormente, as empresas Gaby's foram constituídas no Estado de Delaware (EUA) e as empresas Holdtotal e Loma Negra funcionam até a presente data na Argentina.

É de cristalina certeza a subsunção dos fatos - que as empresas Gaby's eram sociedades estrangeiras controladas, que não funcionaram no país - à norma contida no artigo 389, § 1º do RIR/99, que impossibilita a amortização do ágio e, conseqüentemente, a redução das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL na CCC.

DA BASE DE CÁLCULO TRIBUTÁVEL

A base de cálculo tributável é composta pelas despesas de juros, lançadas a maior pela empresa, e pelas amortizações dos ágios, lançadas indevidamente pela empresa, a serem glosadas na determinação do lucro real e na base de cálculo da CSLL, nos anos-calendário de 2006 e 2007, conforme a seguir sintetizado (valores em reais):

Matéria tributável	Ano-calendário 2006	Ano-calendário 2007
Despesas de juros	9.025.313,50	1.282.288,02
Amortização de ágio	196.453.777,42	196.453.777,42

DA QUALIFICAÇÃO DA MULTA

Do preço de transferência internacional de juros empréstimos recebidos de pessoa vinculada no exterior.

A contribuinte, sabendo que suas FRNs haviam sido adquiridas por sua controlada no exterior, continuou enviando juros para fora do país a uma taxa superior à permitida para operações entre vinculadas e por isso deve sujeitar-se ao disposto no artigo 44, inciso I, § 1º, da Lei nº 9.430/96, com a redação dada pela Lei nº 11.488/2007 (multa de 150%).

O intuito fraudulento (o conceito de fraude está definido no artigo 72 da Lei nº 4.502/64) torna-se evidente quando se verifica que a controlada da contribuinte poderia ter enviado recursos financeiros, através de uma redução de capital, sem quaisquer ônus, ou até mesmo através de um contrato de mútuo, com encargo financeiro bem menor do que os valores lançados pela contribuinte, o que ocasionou a redução indevida do resultado do exercício.

Diante do exposto, fica patente a caracterização do intuito fraudulento, justificando-se plenamente a aplicação da multa qualificada, no percentual de 150%.

Da amortização do ágio

Da mesma forma, a operação planejada entre as empresas de um mesmo grupo (empresa CCSA, controladora das empresas Gaby's e da empresa CCC) que propiciou a "transferência" de um ágio, cuja amortização poderá chegar à R\$ 1.571.603.219,37, foi engendrada com o evidente intuito único de "criar" despesas de amortização na fiscalizada, diminuindo ilegalmente sua base tributável, restando comprovada a inexistência de sentido econômico previsto na rentabilidade futura das empresas Gaby's, uma vez que o grupo Camargo Corrêa se baseou no valor do fundo de comércio das empresas Loma Negra e Holdttotal para concretizar o negócio.

Há que se considerar diversos aspectos relevantes da operação que comprovam, sem nenhuma sombra de dúvida, a ilicitude das operações que almejam aproveitar o ágio aqui discutido.

Um dos aspectos importantes é o fato de as empresas Gaby's, criadas pelas Vendedoras, terem existências legais efêmeras (foram constituídas em 05/2005, adquiridas em 09/11/2005, transferidas em 30/11/2005 e incorporadas em 01/12/2005), sendo que no breve período em que foram dotadas de personalidade jurídica, os seus balanços patrimoniais foram compostos apenas das contas de Participações em Investimentos (nas empresas HoldTotal e Loma Negra) contra Patrimônio Líquido. As empresas foram criadas pelas Vendedoras como "empresa-veículo" para facilitar as negociações com a CCSA.

A natureza única do ágio alegada no laudo é de rentabilidade de exercícios futuros, ignorando totalmente o fundo de comércio da empresa (pois, neste caso, o ágio não geraria amortizações dedutíveis das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL). Portanto, os valores relativos à marca "Loma Negra", sua penetração e notoriedade no mercado, sua carteira de clientes, sua reputação de solidez, enfim, o valor de seu fundo de comércio, foi total e convenientemente substituído pela tosca, questionável e discutível "rentabilidade de exercícios futuros".

Não é possível desprezar também o fundo de comércio das empresas subsidiárias da Holdttotal, que atuam em vários campos, principalmente na fabricação de cimentos, tanto na Argentina quanto no Uruguai.

Outro fato de suma importância, que deve ser levado em consideração, é que em 29 de março de 2005 foi elaborado um estudo, pelo grupo econômico Camargo Corrêa e seus assessores financeiros (Banco Goldman Sachs), denominado de "Gaby Avaliação Atualizada (fls. 6)", o qual contém o "*Valor da Empresa Atualizado em US\$ 1.080 milhões*", ficando nítido que o grupo Camargo Corrêa não iria desembolsar um valor de US\$ 775.818.303 com base na rentabilidade futura das empresas Gaby's, se as empresas valessem apenas os valores de seus Patrimônios Líquidos de US\$ 136 milhões. Não resta qualquer dúvida de que o grupo econômico Camargo Corrêa sabia do real valor dos ativos que pretendia adquirir. O que deixa claro que se baseou no valor do fundo de comércio para concretizar o negócio e não na rentabilidade futura, que alega para compensar o ágio pago.

O ágio, que o grupo Camargo Corrêa amortizou nas bases de cálculo do IRPJ da CSLL na empresa CCC foi pago, na verdade, pela CCSA e não pela fiscalizada, não tendo motivação alguma para sua transferência, a não ser para ludibriar o Fisco e reduzir drasticamente o resultado do exercício.

O intuito de burlar a tributação também está presente no descumprimento do artigo 389. § 1º, do RIR/99, que impede a amortização do ágio das empresas estrangeiras controladas que não funcionem no país, uma vez que as empresas incorporadas (as Gaby's) são controladas e nunca funcionaram no país.

Os fatos acima descritos evidenciam a simulação de uma complexa operação envolvendo 7 empresas sediadas no exterior e 2 nacionais, com a finalidade de iludir o Fisco, cujo resultado no "mundo real" foi a redução ilícita no lucro da CCC.

Pelo exposto, haja vista os elementos narrados, fica patente a caracterização do intuito fraudulento, justificando plenamente a aplicação da multa qualificada.

DOS LANÇAMENTOS

Em face do acima exposto, foram efetuados os seguintes lançamentos, relativos aos anos-calendário de 2006 e 2007:

...

DA IMPUGNAÇÃO

Cientificada dos lançamentos em 10/11/2011, a contribuinte, por meio de seus advogados, regularmente constituídos, apresentou, em 08/12/2011, a impugnação de fls. 1500/1579, alegando, em síntese, o seguinte:

DOS FATOS

Da emissão de Fixed Rate Notes (FRNs) pela impugnante e sua posterior aquisição pela Cauê Finance

A impugnante, no ano de 1997, contraiu um empréstimo no valor de US\$ 150 milhões, lastreado em Fixed Rate Notes (FRNs) lançadas no exterior, nos termos do disposto na Circular Banco Central do Brasil - BACEN nº 2.384, de 26/11/93, com vencimento previsto para 22 de julho de 2005. Destaque-se que consta no certificado emitido pelo BACEN a Camargo Corrêa Industrial S/A como devedor do empréstimo lastreado na emissão das FRNs, que era a antiga razão social da impugnante.

Essa emissão de FRNs foi devidamente registrada e autorizada pelo BACEN, conforme se verifica pelo Certificado de Registro nº 241/33955 (doc. 03).

De acordo com o que consta no mencionado certificado, a impugnante realizou o lançamento das FRNs com o intuito de tomar um empréstimo para refinancear a aquisição da Cimento Cauê, bem como para levantar capital de giro.

De acordo com os termos fixados no lançamento das FRNs, salvo em caso de compra e cancelamento, na data de vencimento acordado a Emitente (impugnante) deveria realizar o resgate integral dos títulos.

Ocorre que, antes do vencimento e necessário resgate, a Cauê Finance decidiu adquirir tais títulos, mediante a prorrogação da data de vencimento, a qual foi acertada para 22 de julho de 2035, conforme se pode verificar pela Escritura de Fideicomisso Alterada e Consolidada (doc. 04).

Destaque-se, desde já, que essa operação foi devidamente registrada no BACEN, tendo sido realizado o Registro de Operações Financeiras (ROF), fazendo constar todas as condições dessa renovação dos títulos, conforme extrato ora apresentado (docs. 05 e 06).

Das operações e alterações societárias mencionadas no Termo de Verificação Fiscal e da geração do ágio

De acordo com a documentação apresentada durante a ação fiscal, a Camargo Corrêa S/A ("CCSA") celebrou com as Sras. Maria Amália Sara Lacroze e Maria Inês de Lafuente ("Vendedoras") um Contrato de Compra e Venda de Ações (*Stock Purchase Agreement* - doc. 07) o qual tinha por objeto a participação detida pelas Vendedoras na empresa Loma Negra C.I.A.S.A ("Loma Negra"), empresa do ramo da indústria de cimentos, sediada na Argentina, mesmo país em que eram residentes as Vendedoras.

Antes, porém, da celebração do referido contrato, em 27 de maio de 2005, as Vendedoras constituíram três empresas nos Estados Unidos da América, quais sejam Gaby 1 Holding LLC ("Gaby1"), Gaby 2 Holding LLC ("Gaby2") e Gaby 3 Holding LLC ("Gaby3").

De acordo com o disposto nas condições do referido contrato (Cláusula 1.1), a aquisição das participações detidas pelas Vendedoras implicava necessariamente a aquisição das três empresas constituídas nos Estados Unidos.

Isso porque, na data da celebração do Contrato de Compra e Venda das Ações as Vendedoras transferiram as participações objeto da venda, bem como a participação detida na empresa Holdtotal S/A. ("Holdtotal") e Loma Negra, para as três empresas Gaby1, Gaby2 e Gaby3 (Gaby's). Destaque-se que Holdtotal era detentora de participação na empresa Loma Negra, sendo que essa participação também seria adquirida.

Partindo-se dessa reestruturação promovida pelas Vendedoras, a CCSA assinou o referido contrato e deu continuidade à operação de aquisição da empresa Loma Negra, o que implicava, repita-se, na aquisição das três empresas sediadas nos Estados Unidos.

Tendo em vista o valor envolvido e a necessidade de aprovação da operação pelo órgão de controle de concorrência argentino (Comissão Nacional de Defesa de Concorrência), o pagamento e transferência das participações foi intermediado por um Trustee - The Bank of New York., conforme se verifica pelo Contrato de Compra e Venda das Ações.

Após a aprovação pelo órgão argentino, o Trustee transferiu a participação nas empresas Gaby's para a CCSA e efetuou o pagamento às Vendedoras.

Após encerrada essa operação, a CCSA resolveu aumentar o capital de sua controlada voltada à atuação na indústria de cimentos, a Camargo Corrêa Cimento S/A. (antiga denominação da impugnante), utilizando, para tanto, a participação que detinha nas empresas Gaby's.

Além de aumentar o capital da impugnante, a CCSA utilizou essas participações que detinha nas empresas americanas para saldar uma dívida que detinha com a impugnante, conforme se verifica pela Alteração do Estatuto Social da impugnante e Instrumento Particular de Dação em Pagamento firmado entre a CCSA e a impugnante (docs. 08 e 09).

Ou seja, a impugnante recebeu as participações nas empresas Gaby's como integralização de capital subscrito e pagamento de dívida.

Ato seguinte, em 01 de dezembro de 2005, a impugnante resolveu por extinguir as empresas americanas, criadas pelas Vendedoras à época da celebração do Contrato de Compra e Venda das ações. Para tanto, a impugnante incorporou as empresas Gaby's.

Todas essas operações foram devidamente registradas nos órgãos competentes, seja nos Estados Unidos, seja no Brasil, conforme se pode observar de toda documentação apresentada durante o processo de fiscalização.

Quanto à despesa com amortização do ágio, glosada pela fiscalização, há que se observar o seguinte.

Conforme relatado acima, para que a CCSA adquirisse a empresa Loma Negra, foi necessário adquirir as empresas Gaby's, que detinham a o controle da Loma Negra.

Nessa linha, a CCSA, realizou a avaliação das empresas americanas, contratando, para tanto, o Banco Goldman Sachs (docs. 10/11), e adquiriu tais empresas tomando como base o estudo de avaliação realizado. Vale considerar que a CCSA também realizou estudo de valor dessas empresas, o qual está espelhado em planilhas que foram entregues durante o procedimento de fiscalização.

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

Esse ágio, que teve como fundamento o estudo de expectativa de rentabilidade futura realizado pelo Banco Goldman Sachs, foi regularmente contabilizado pela CCSA.

Posteriormente, com a "aquisição" dessa participação pela impugnante, decorrente das operações de aumento de capital e pagamento de dívida promovidos pela CCSA, tanto o investimento nas empresas Gaby's, quanto o ágio verificado na aquisição, passaram aos registros contábeis da impugnante (nos mesmos valores que estavam registrados pela CCSA).

Assim, após realizar a incorporação das empresas americanas, a impugnante iniciou a dedução das despesas decorrentes da amortização do ágio contabilizado.

Das alegações da fiscalização quanto à glosa de juros

De acordo com o Termo de Verificação Fiscal, a fiscalização entendeu que a repactuação do empréstimo tomado pela impugnante lastreado em FRNs, com a

aquisição desses títulos pela Cauê Finance e prorrogação do prazo de vencimento, teria o condão de desqualificar a figura do empréstimo originalmente registrado no BACEN.

Assim, segundo a fiscalização, após a repactuação, o que passou a existir foi um mútuo entre empresas ligadas que não estaria registrado no BACEN, pelo que estaria sujeito ao limite de dedutibilidade dos juros previsto no artigo 22 da Lei nº 9.430/96.

Partindo dessa conclusão, a fiscalização, então, calculou os juros dedutíveis utilizando a taxa Libor mais 3% ao ano e glosou as despesas com pagamento de juros que excederam esse valor.

Das alegações da fiscalização quanto à glosa do ágio

Quanto ao ágio gerado na aquisição das empresas Gaby's, cujas despesas decorrentes da amortização foram glosadas, entendeu a fiscalização que (1) não teria como fundamento a expectativa de rentabilidade futura, mas sim o valor do fundo de comércio adquirido, bem como outros ativos intangíveis; (2) teria sido transferido indevidamente à impugnante, por meio de operações societárias que envolveram a utilização de "empresas-veículo"; (3) não teria sido decorrente de uma aquisição realizada pela impugnante, mas sim pela CCSA e (4) teria sido gerado na aquisição de empresas estrangeiras que não funcionam no país, pelo que a amortização não seria dedutível.

Por fim, em razão das verificações e conclusões acima mencionadas, a fiscalização entendeu por aplicar a multa de ofício agravada em desfavor da impugnante, conforme previsto no artigo 44, § 1º da Lei nº 9.430/96, pois presumiu que houve o intuito de fraude da impugnante em todas as operações analisadas.

DAS PRELIMINARES

Da decisão proferida pela Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento

Preliminarmente, insta destacar que a matéria debatida no presente processo administrativo já foi apreciada pela Quinta Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em São Paulo, oportunidade em que os Autos de Infração de IRPJ e CSLL, referentes ao ano-calendário 2005, oriundos das glosas de juros provenientes de FRNs e da dedutibilidade do ágio gerado na compra das empresas Gaby's foram integralmente cancelados.

Deveras, a fiscalização iniciada com base no MPF nº 817100.2009.00239-5, acarretou (1) a lavratura dos Autos de Infração veiculados no processo administrativo nº 10880.721862/2010-45, por meio do qual se exigiu o recolhimento de IRPJ e CSLL supostamente devidos no ano de 2005 (cancelado pela decisão da DRJ) e (2) a constituição do presente processo administrativo, nº 16643.720027/2011-58, o qual exige o recolhimento de IRPJ e CSLL supostamente devidos nos anos de 2006 e 2007.

Não há qualquer alteração fática e de direito entre os Autos de Infração consubstanciados no processo administrativo nº 10880.721862/2010-45 (ano 2005) e os Autos de Infração ora debatidos (anos-calendário 2006 e 2007) que justifique uma possível modificação de entendimento firmado pela DRJ.

Sendo assim, é de rigor a aplicação das razões exaradas no acórdão proferido no processo administrativo nº 10880.721862/2010-45, evitando-se interpretações divergentes sobre objetos análogos.

Ressalte-se que todas as premissas firmadas pela autoridade fiscal para justificar a lavratura do Auto de Infração também foram devidamente afastadas pela Turma Julgadora.

Nessa linha, considerando-se que os lançamentos ora combatidos (anos 2006 e 2007) guardam relação direta com os fatos descritos no processo administrativo nº 10880.721862/2010-45 (ano 2005), torna-se patente a necessidade da extinção dos créditos tributários.

Contudo, acaso assim não se entenda, se verificará que, no mérito, melhor sorte não resta aos lançamentos fiscais.

Do erro cometido pela fiscalização na apuração das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL supostamente devidos

Pela análise dos referidos Autos de Infração, nota-se que no ano-calendário de 2006 a fiscalização considerou como base de cálculo do IRPJ e da CSLL o valor de R\$ 205.479.090,92 (R\$ 9.025.313,50 + R\$ 196.453.777,42) e no ano-calendário de 2007 o montante de R\$ 197.736.065,44 (R\$ 1.282.288,02 + R\$ 196.453.777,42).

Sobre esses valores, a fiscalização aplicou "diretamente" as alíquotas do IRPJ e da CSLL para apuração dos respectivos créditos tributários, ora exigidos, nos valores de R\$ 100.803.789,07 e R\$ 36.289.364,06.

Ocorre que, caso tais despesas fossem devidas, a fiscalização deveria ter efetuado a recomposição da base de cálculo do IRPJ e da CSLL, e não simplesmente aplicar sobre os montantes glosados as alíquotas desses tributos.

Tal erro culminou numa base de cálculo superior aquela que seria supostamente devida caso a fiscalização tivesse adotado o procedimento correto.

Conforme se depreende da análise dos quadros ilustrativos de fls. 1519/1520, a fiscalização, antes de tributar os montantes glosados, deveria ter incluído as supostas despesas na formação do lucro real e na base de cálculo da CSLL, considerando, inclusive, os saldos de prejuízo fiscal e base de cálculo negativa da CSLL acumulados nos anos anteriores, controlados no LALUR (docs. 17 e 18). No tocante à CSLL, é importante ressaltar, desde já, que a fiscalização sequer poderia adicionar tais despesas para a composição da sua base de cálculo, por ausência de previsão legal, conforme será demonstrado em tópico adiante.

Caso tal procedimento tivesse sido feito, as bases de cálculo passíveis de tributação seriam bem inferiores àquelas que foram utilizadas pela fiscalização no lançamento ora combatido.

Verifica-se, portanto, que os Autos de Infração em apreço carecem de liquidez e certeza, na medida em que as bases de cálculo utilizadas pela fiscalização (valor integral das despesas glosadas) não retratam as quantias que seriam devidas pela impugnante na remota hipótese das despesas serem consideradas como indedutíveis.

De fato, de acordo com as informações contidas no "Demonstrativo da Compensação de Prejuízos Fiscais" e no "Demonstrativo da Compensação das Bases Negativas", que integram os Autos de Infração ora combatidos, nota-se que a fiscalização não levou em consideração os saldos de prejuízos fiscais e bases de cálculo negativas de anos anteriores detidos pela impugnante, como comprova o LALUR, uma vez que o saldo apontado pela fiscalização nos respectivos demonstrativos está zerado.

Ante o exposto, considerando que os créditos tributários do IRPJ e da CSLL são ilíquidos e incertos, a impugnante aguarda que sejam canceladas integralmente as autuações fiscais.

DOS JUROS - DA EXISTÊNCIA DE REGISTRO NO BACEN

Conforme dito anteriormente, a fiscalização entendeu que a repactuação do empréstimo tomado pela impugnante, lastreado em FRNs, com a aquisição desses títulos pela Cauê Finance e prorrogação do prazo de vencimento, teria o condão de desqualificar a figura do empréstimo originalmente registrado no BACEN, pelo que haveria, de fato, um mútuo entre empresas ligadas que não estaria registrado no BACEN, sujeito, portanto, ao limite de dedutibilidade dos juros previsto no artigo 22 da Lei nº 9.430/96.

No entanto, o empréstimo tomado pela impugnante, lastreado em FRNs, devidamente registrado no BACEN, contempla sua repactuação, a qual também foi devidamente informada ao BACEN com a realização de um Registro de Operações Financeiras – ROF.

Com efeito, o lançamento de FRNs no exterior, nos termos da Circular BACEN nº 2.384/93, nada mais é que uma forma de empréstimo/mútuo, porém lastreado em títulos que são negociados em bolsa no exterior.

Assim, quando a fiscalização afirma que o que existe é uma "operação de mútuo" entre empresas ligadas, de certa forma está correta, pois o que ocorreu foi a tomada de um empréstimo (operação de crédito) pela impugnante com a emissão de FRNs, títulos esses adquiridos, posteriormente, por uma subsidiária sua no exterior.

Ou seja, o registro da emissão de FRNs perante o BACEN nada mais é do que o registro de um mútuo, porém com a especificidade de ser lastreado em títulos lançados no mercado internacional. Logo, se a impugnante efetuou o registro da emissão e repactuação das FRNs, no BACEN, não há que se falar na necessidade de outro registro, como pretendeu a fiscalização.

É importante esclarecer que a impugnante quando da emissão das FRNs, no ano de 1997, no valor de US\$ 150.000.000,00, registrou tal operação no BACEN através do Certificado de Registro nº 241/33955 (doc. 03), descrevendo todas as suas particularidades.

Posteriormente, com o advento da Carta Circular BACEN nº 2.985, de 28 de novembro de 2001, o BACEN realizou a migração dos Certificados de Registro emitidos em papel para o sistema Siscomex.

Assim, em razão desta determinação do BACEN, o Certificado de Registro nº 241/33955, emitido em papel, migrou, automaticamente, para o sistema eletrônico acarretando a alteração da sua numeração para ROF nº SA008987 (doc. 05). No próprio ROF nº SA008987 consta expressamente o motivo da referida alteração, fazendo menção ao registro das FRNs no valor de US\$ 150.000.000,00, constituído em 1997.

Registre-se que, apesar da alteração na numeração do título, todos os demais elementos do Certificado de Registro nº 241/33955 foram preservados.

Ocorre que, como já mencionado, antes do vencimento e necessário resgate dos títulos, a Cauê Finance decidiu adquirir tais títulos, prorrogando a sua data de vencimento, o que acarretou na repactuação registrada no BACEN sob o nº ROF TA345775 das FRNs emitidas em 1997 (doc. 06).

Veja-se que no ROF TA345775, de julho de 2005, aparece como "ROF DE ORIGEM" exatamente o ROF SA008987, o qual, como explicitado acima, refere-se à migração automática do Certificado de Registro nº 241/33955 ao Siscomex.

Ou seja, por esses documentos não resta dúvida de que em julho de 2005 houve a repactuação das FRNs emitidas em 1997, e que todos os atos desde a emissão até a repactuação foram devidamente registrados e auditados pelo BACEN.

Logo, inaplicável ao caso em apreço o artigo 22 da Lei nº 9.430/96, já que tal dispositivo trata apenas das hipóteses em que os juros pagos são oriundos de contratos não registrados no BACEN.

Ademais, é importante notar que não há vedação legal quanto a quem deve ou pode adquirir as FRNs no exterior. Ou seja, de acordo com a norma vigente, pode uma empresa brasileira lançar FRNs no exterior e tais títulos serem adquiridos por uma empresa ligada.

A maior prova disso é o fato de o BACEN ter analisado e aprovado essa operação de repactuação, a qual foi devidamente informada por meio da transmissão do ROF.

Por todo o exposto, resta claro o equívoco cometido pela fiscalização e a necessidade de cancelamento das autuações ora combatidas, no que tange à glosa das despesas com pagamento de juros deduzidas pela impugnante.

DO ÁGIO

Da dedutibilidade do ágio - Regras gerais

Como é sabido, o ágio verificado na aquisição de empresa avaliada pelo método de equivalência patrimonial é registrado na contabilidade como um ativo e sua amortização é feita com o lançamento de despesas operacionais.

O critério de amortização dessas despesas e sua dedutibilidade para fins tributários, contudo, dependerá do fundamento econômico para o pagamento dessa diferença, respaldado em documento comprobatório.

Segundo o § 2º do artigo 20 do Decreto-lei nº 1.598/77, posteriormente reproduzido pelo artigo 385 do RIR/99, o lançamento do ágio deverá indicar algum dos seguintes fundamentos econômicos: (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; ou (III) fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

Contudo, destaque-se desde já, que o referido dispositivo legal não estabelece a obrigatoriedade de consideração de todos os critérios mencionados, mas ao menos um dentre eles. Também não há uma ordem lógica ou pressuposta para a atribuição destes fundamentos. Tal determinação nem seria possível, pois o fundamento econômico para o pagamento de ágio em uma aquisição de bens é critério de decisão único e exclusivo do adquirente.

Trata-se, portanto, de prerrogativa negocial, que é própria da livre iniciativa das partes na determinação do preço do ativo, que não pode ser oposta pela fiscalização, como indevidamente ocorreu no presente caso.

Neste sentido, a intenção do contribuinte é expressa no momento da aquisição, pelo fundamento escolhido, o qual está vinculado com o propósito econômico da aquisição.

Assim, caso o adquirente tenha por objetivo explorar o negócio adquirido, o preço (e o ágio) pode ser fundamentado pela rentabilidade esperada.

Por outro lado, se o adquirente pretende liquidar a companhia, poderá estar interessado na mais valia dos ativos subjacentes a serem vendidos. Portanto, não cabe ao Fisco estabelecer o fundamento que presume suportar o preço pago, especialmente quando o contribuinte preenche todos os requisitos legais para a comprovação de tal fundamento (como é o caso dos autos).

Assim, antes de se adentrar ao fundamento econômico do ágio gerado na operação em análise, mister se faz discorrer brevemente sobre cada um dos fundamentos econômicos destacados no § 2º do supracitado artigo 385 do RIR/99, a fim de se demonstrar, novamente, o equivocado entendimento da fiscalização.

(I) valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ao custo registrado na sua contabilidade

O valor de custo de um ativo registrado na contabilidade refere-se ao seu valor de aquisição (pela adquirida) e o valor de mercado, de acordo com o entendimento exarado pelo Comitê de Pronunciamentos Contábeis, por meio do Pronunciamento Técnico CPC 12, é demonstrado pelo seu valor justo, que, por sua vez é o valor que o ativo consegue atingir em condições de livre concorrência.

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

No que se refere à expectativa de rentabilidade futura, o Comitê de Pronunciamentos Contábeis, por intermédio do Pronunciamento Técnico CPC 15, determina que *"Ágio por rentabilidade futura (goodwill) é um ativo que representa benefícios econômicos futuros resultantes dos ativos adquiridos em combinação de negócios, os quais não são individualmente identificados e separadamente reconhecidos"*.

A propósito, Luís Eduardo Schoueri, ao discorrer sobre os fundamentos do ágio descritos no § 2º do artigo 385 do RIR/99, consigna o seu entendimento sobre o que vem a ser a rentabilidade futura, afirmando que *"Nos casos em que o comprador paga o ágio com o fundamento na rentabilidade futura da investida não se cogita de investigar o valor que poderia receber ao alienar um ou outro bem da empresa. Pelo contrário, tal fundamento pressupõe que o investimento não será desfeito, já que o lucro será obtido não com sua realização, mas com a rentabilidade futura da investida"*.

(III) fundo de comércio direito comercial, intangíveis e outras razões econômicas

Conforme Fran Martins, a expressão fundo de comércio representa os meios que o empresário usa para a consecução dos seus fins. No que se refere aos elementos que compõe o fundo de comércio, destaca que esse fundo é formado por elementos corpóreos e incorpóreos.

Expostas as características e, assim, as diferenças de cada um dos possíveis fundamentos do ágio expressamente previstos no § 2º do artigo 385 do RIR/99, passa-se agora a esclarecer a relação entre esses fundamentos, que determina a utilização de um ou outro em cada caso.

Nessa linha, segundo a doutrina comercial acerca do que é fundo de comércio e os ensinamentos contábeis acerca do que é um ativo, parece claro que o artigo 385 do RIR/99 traz como possíveis fundamentos do ágio gerado na aquisição de empresa controlada ou coligada (1) dois elementos componentes do ativo das empresas (ativos tangíveis ou intangíveis e fundo de comércio) ou (2) um componente que serve à valoração desses ativos (expectativa de rentabilidade futura).

Em outras palavras, os incisos I e III do § 2º do artigo 385 do RIR/99 trazem como fundamento para o ágio elementos do ativo da controlada ou coligada adquirida, enquanto o inciso II (expectativa de rentabilidade futura) traz não um elemento do ativo, mas uma forma de valoração de todos esses elementos.

Ou seja, parece claro que entendeu o legislador que, para se justificar e conferir o devido tratamento ao ágio em determinada operação, ora pode ser importante analisar os ativos ora o fundamento que justificou a valoração da aquisição.

Dessa forma, conclui-se que o Decreto-lei nº 1.598/77 pretendeu conferir um tratamento específico a todo ágio cujo fundamento decorra de avaliação da empresa adquirida pelo método da expectativa de rentabilidade futura, não importando qual o elemento do ativo que justifica aquela expectativa.

Em outras palavras, segundo a redação do supracitado normativo, infere-se que em todas as situações que um contribuinte esteja efetuando uma aquisição com ágio fundamentado na expectativa de rentabilidade futura daquele contribuinte quanto à empresa adquirida, há que se dar o tratamento conferido ao inciso II do § 2º do artigo 385 do RIR/99.

Nem poderia ser diferente, já que a expectativa de rentabilidade futura nada mais (é) do que uma forma de mensurar o valor de um ativo.

Dito isso, parece evidente o equívoco cometido pela fiscalização ao pretender deslocar o fundamento econômico do ágio de expectativa de rentabilidade futura (atribuído pela impugnante) para fundo de comércio e outros intangíveis.

Isso porque, o fundamento do ágio gerado nas operações em análise foi a expectativa de rentabilidade futura, conforme estudo elaborado por instituição especializada, que não foi, conforme será demonstrado, em nenhum momento, desqualificado pela fiscalização.

Rentabilidade futura como fundamento econômico do ágio - cumprimento dos requisitos legais pela impugnante

Nos termos do § 3º do artigo 385 do RIR/99, o ágio fundamentado nos incisos I e II deve estar respaldado em "*demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante de escrituração*".

Vale destacar que esse dispositivo não foi regulamentado por qualquer outro dispositivo, pelo que se entende que qualquer "*demonstração*" seria suficiente à comprovação do fundamento econômico adotado, entre ele o da rentabilidade futura da coligada/controlada.

Portanto, pelo até aqui exposto, em estrita conformidade com o supracitado § 3º do artigo 385 do RIR/99, foram apresentados à fiscalização os estudos (realizados pela impugnante e pelo Banco Goldman Sachs e ratificados pelo Laudo da empresa de Auditoria KPMG) que comprovaram o fundamento do ágio nas aquisições das empresas Gaby's, qual seja, a expectativa de rentabilidade futura (docs. 10 e 20).

A despeito de a legislação não fazer qualquer exigência específica quanto à forma de apresentação do laudo que comprova a expectativa da rentabilidade futura das coligadas/controladas, vale tecer algumas considerações a respeito do laudo elaborado pela KPMG para avaliar a empresa Loma Negra.

Esse estudo elaborado pela KPMG em 2010 serviu apenas à formalização do estudo que respaldou a aquisição das empresas Gaby's e respectivo ágio, feito pela impugnante com a assessoria do Banco Goldman Sachs.

Outra importante consideração a se fazer a respeito é que o estudo elaborado pela KPMG adota a expectativa da rentabilidade futura como base na valoração das empresas Gaby's.

O estudo da KPMG sustenta os números explanados no estudo elaborado à época pela Camargo Corrêa S/A e pelo Banco Goldman Sachs, reafirmando a validade e confiabilidade daquele estudo que serviu à comprovação acerca da fundamentação econômica do ágio observado na aquisição das empresas Gaby's.

Resta claro que a KPMG faz uma análise da empresa Loma Negra, pois as empresas Gaby's são empresas de participação que detém, exclusivamente, 93,43% das ações da Loma Negra. Ou seja, a análise da expectativa de rentabilidade futura da Loma Negra reflete a expectativa quanto às empresas Gaby's.

Prestados esses esclarecimentos, não restam dúvidas acerca do cumprimento no artigo 385, § 3º do RIR/99 pela impugnante, com a apresentação do estudo elaborado à época da aquisição das empresas Gaby's, ratificado pelo laudo da empresa de auditoria KPMG.

Da motivação para classificação dos fundamentos do ágio

A despeito de todo o argumentado, é de se frisar que o § 2º e incisos do artigo 385 do RIR/99 não trazem quaisquer regra/ordem para determinação do fundamento do ágio.

Dessa forma, se o próprio legislador ordinário não impôs qualquer regra/ordem para determinação do fundamento do ágio não se pode criar restrições que a lei não prevê.

Ou seja, não há qualquer imposição legal para que se adote um ou outro fundamento, mas tão somente que se tenha documentação que comprove o fundamento adotado, de acordo com o motivo determinante que levou o comprador a pagar o ágio, o que foi feito, repita-se, por meio do estudo elaborado por instituição financeira especializada e ratificado por laudo de empresa de auditoria.

Dessa forma, equivoca-se a fiscalização ao concluir que o ágio teria como fundamento a suposta aquisição de fundo de comércio e outros intangíveis, desprezando a expectativa de rentabilidade futura comprovada por meio de estudo elaborado por instituição financeira e validado pelo laudo de empresa de auditoria.

Do enfoque contábil

Entende a impugnante ser pertinente demonstrar outro enfoque que pode ser dado ao mencionado artigo 385, § 2º do RIR/99, enfoque esse que é suportado no entendimento contábil a respeito do reconhecimento e fundamentação econômica do ágio.

Ainda que se alegue que a determinação da fundamentação econômica do ágio pressupõe a avaliação de cada um dos incisos do § 2º do artigo 385 do RIR/99, desprezando-se a motivação de seu pagamento, como pretendeu a fiscalização, fato é que isso somente se aplica quando os elementos contemplados naqueles incisos possam ser identificados, o que não foi demonstrado pela fiscalização no presente caso.

Para que um determinado bem possa ser registrado no ativo da companhia é preciso que ele seja passível de identificação, assim entendido seu reconhecimento e mensuração e possibilidade de venda dissociado da entidade a que pertence.

Não é diferente com a "eleição" do elemento que dá fundamento econômico ao ágio. O legislador quando fala em conjunto de ativos, fundo de comércio e intangível, está querendo dizer conjunto de ativos, intangível e fundo de comércio passíveis de identificação.

A fiscalização não se preocupou, como pretendeu o legislador, com a identificação dos elementos que compõe o fundo de comércio e os intangíveis das sociedades adquiridas. Apenas limitou-se a citar uma série de elementos, como a participação no mercado de cimentos, a participação em outras empresas, o nome, entre outros, como possíveis elementos que dariam fundamento ao ágio, sem se preocupar em verificar se tais elementos seriam passíveis de identificação e, assim, valorá-los de forma individualizada.

Conforme se pode observar do estudo elaborado por instituição especializada, no presente caso, o ágio foi fundamentado na expectativa de rentabilidade futura atribuído às sociedade empresárias adquiridas como um todo. Não se mensurou cada um dos bens que formariam o fundo de comércio e os intangíveis, identificando-os para, assim, atribuir-lhe um valor (de forma individualizada).

Se isso não foi feito pelos avaliadores, como pode a fiscalização afirmar que todo esse valor que se denominou de expectativa de rentabilidade seria atribuível ao fundo de comércio ou a alguns intangíveis, sem antes realizar essa análise acerca da identificação e mensuração dos bens que compõem esse fundo de comércio e esses intangíveis?

Portanto, por mais essa razão - ausência de individualização e quantificação dos bens que compõem o fundo de comércio e os intangíveis pela fiscalização - não se pode admitir o entendimento no sentido de que o valor pago pelas Gaby's não correspondia à expectativa de rentabilidade futura dessas empresas, mas, sim, ao fundo de comércio.

Pela linguagem contábil, a expressão fundo de comércio se refere única e exclusivamente ao intangível não identificado especificamente, sem vida própria, sem chance de negociação individualizada, normalmente fruto de sinergia entre ativos e outros fatores. Ou seja, refere-se àquilo que vai além do valor de mercado dos ativos contabilizados.

Ocorre que esse é também o significado conferido pela doutrina contábil ao ágio gerado por expectativa de rentabilidade futura.

Por todo o exposto, há que se cancelar as autuações em epígrafe, reconhecendo-se que a fiscalização equivocou-se (1) ao atribuir todo o ágio da operação ao fundo de comércio e intangíveis da sociedade adquirida, sem se preocupar em identificar e mensurar tais elementos ou (2) caso assim não se entenda, é de se reconhecer que as expressões fundo de comércio e ágio por expectativa de rentabilidade futura são um único instituto, pelo que, também, não poderia prevalecer a glosa efetuada pela fiscalização.

Da ausência de produção de prova pela fiscalização - Efetiva presunção

Em momento algum, foi feita qualquer prova, pela fiscalização, de que o ágio em análise englobaria algum valor correspondente ao fundo de comércio ou intangíveis adquiridos, tampouco qual seria a parcela desse montante que comporia o total do preço de aquisição. Ou seja, a fiscalização não segregou os valores de "fundo de comércio" ou de "intangíveis" do montante apurado pela impugnante e classificado como expectativa de rentabilidade futura, nem tão pouco desqualificou os estudos e o laudo apresentados pela impugnante.

A fiscalização tão somente afirmou, de forma genérica, que o ágio estaria vinculado ao fundo de comércio e outros intangíveis, sem produzir, contudo, qualquer prova para referendar tal singela alegação.

Além disso, também se faz necessário deixar claro que a validade dos estudos elaborados por instituição especializada (Banco Goldman Sachs) não foi, em nenhum momento, questionada pela fiscalização. Caso os fundamentos econômicos deste estudo tivessem sido analisados durante o procedimento fiscalizatório, ficaria claro à fiscalização que o valor do ágio gerado na aquisição das empresas Gaby's se justifica, sim, pelo valor da expectativa de rentabilidade futura.

Portanto, que a fiscalização não desconstituiu a prova apresentada pela impugnante (estudo, que possui presunção de veracidade, validado pelo laudo da empresa de auditoria KPMG), para fundamentar a glosa da despesa realizada, o que seria imprescindível para a validade e lisura dos lançamentos ora combatidos, motivo pelo qual não podem prosperar as autuações originárias do presente processo administrativo.

Portanto, estando demonstrado que (1) a impugnante cumpriu rigorosamente com todos os requisitos legais para a dedutibilidade da despesa com amortização de ágio, cujo fundamento econômico (expectativa de rentabilidade futura) está respaldado em estudo elaborado por instituição especializada e (2) a fiscalização não desconstituiu tal prova, mas apenas afirmou, de forma genérica e abstrata, que o ágio estaria vinculado ao fundo de comércio e outros intangíveis, conclui-se que a pretensão consubstanciada nos lançamentos não poderá ser aceita, devendo ser desconstituída.

Da inexistência de "sociedade veículo"

Cumpre, ainda, afastar o afirmado pela fiscalização quanto à suposta utilização das empresas Gaby's como "empresas-veículo" para possibilitar a transferência do ágio à impugnante.

De início, é importante destacar que a fiscalização equivocou-se quanto ao que seja, ou, ao menos, quanto ao que vinha sendo denominado pelo antigo Conselho de contribuintes de "empresa-veículo".

Analisando o Acórdão nº 103-23.290, cuja ementa foi citada pela fiscalização para sustentar a qualificação das empresas Gaby's como "veículo", resta claro que se dá essa qualificação à sociedade criada pelo adquirente para possibilitar a transferência do ágio gerado na aquisição a essa nova empresa, com sua posterior incorporação para aproveitamento do ágio.

Isso porque, as empresas Gaby's foram criadas pelas Vendedoras, que integralizaram capital nessas empresas com a participação que detinham em outra empresa.

Ou seja, não houve criação de empresas pela adquirente e aporte de capital com participações adquiridas com ágio, transferindo-se o ágio para as novas empresas ("veículo"), como ocorreu no caso narrado no Acórdão 103-23.290.

Ademais, no caso narrado no Acórdão 103-23.290, não foi demonstrado pela adquirente o propósito econômico da empresa ("veículo") criada. No presente caso, sequer poderia a impugnante, ou mesmo a CCSA, discorrer sobre o eventual propósito econômico das empresas Gaby's, já que elas foram criadas pelas Vendedoras antes da operação de compra e venda e, portanto, a razão de sua criação dizia respeito tão somente às Vendedoras.

Ressalte-se, ainda, que a única norma que poderia ter sido aventada para a desconsideração de uma operação sem substância econômica, seria o § único do artigo 116 do CTN. O objetivo deste dispositivo foi autorizar as autoridades fiscais a questionarem atos e fatos praticados pelo contribuinte que eventualmente tenham evitado ou minimizado a carga tributária de suas operações, sem a alegada substância econômica.

Todavia, os procedimentos necessários para a aplicação dessa norma dependem de elaboração de lei ordinária, a qual, até o presente momento não foi editada. Ou seja, sequer a norma prevista pelo § único do artigo 116 do CTN, de eficácia limitada, poderia ser aplicada pelas autoridades fiscais, pelo que evidente a falta de fundamento legal às autuações.

Da inexistência de vedação legal quanto à transferência da participação adquirida com ágio

Entendeu a fiscalização que não poderia a CCSA ter transferido a participação societária que possuía nas empresas Gaby's, e respectivo ágio gerado na aquisição dessa participação, à impugnante, a título de aumento de capital e pagamento de dívida.

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

Destaque-se que essa transmissão deu-se a título de aumento de capital somado ao pagamento de uma dívida. Duas operações também reconhecidas e permitidas pela legislação, pelo que foram devidamente registradas na Junta Comercial.

Ora, se essa transferência da participação não é vedada e essa participação foi adquirida com ágio, há que se reconhecer a aplicação do artigo 385 e seguintes do RIR/99 ao ágio transferido à impugnante.

Ademais, há que se destacar uma vez mais que, no presente caso, o ágio transferido à impugnante teve como fundamento econômico a expectativa de rentabilidade futura na aquisição da participação nas empresas Gaby's.

Logo, se a participação nessas empresas, cuja expectativa de rentabilidade futura sustentou o ágio, foi transferida, é razoável que o ágio acompanhe essa participação. Isso fica ainda mais evidente ao se pensar que a amortização do ágio reflete a própria realização dessa expectativa de rentabilidade.

Se a impugnante recebeu, por aumento de capital e pagamento de dívida, a participação nas empresas Gaby's por um valor superior ao patrimônio líquido dessas empresas, o que somente se sustentava em razão da expectativa de seus resultados

futuros, é evidente que esses esperados lucros futuros sejam contrapostos com o "custo" para sua apuração, do qual faz parte o valor pago a maior pelo recebimentos dessas participações.

De outra forma, após a incorporação, a impugnante passaria a auferir esses eventuais lucros esperados para as incorporadas sem a respectiva contrapartida de sua geração, qual seja o valor pelo qual a impugnante aceitou receber essa participação nas empresas Gaby's, o qual era superior ao valor de seus patrimônios líquidos.

Em suma, parece evidente a necessidade de o ágio caminhar com a participação, para que, após o evento incorporação da adquirida, a apuração dos lucros esperados seja confrontada com a amortização do ágio, que está fundamentado exatamente na expectativa daqueles lucros.

Ademais, corroborando esse entendimento, vale destaque julgados recentes proferidos pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (Acórdãos nºs 1101-00354, 1301-000711 e 105-6774, trechos transcritos às fls. 1558/1559), admitindo a transferência do ágio (docs. 21 a 23). Nesses casos, o ágio foi transferido para diversas empresas como forma de reorganização societária, o que não invalidou o seu aproveitamento.

Da incorreta aplicação do artigo 389, § 1º, do RIR/99 pela fiscalização

A fiscalização concluiu que não seria dedutível a despesa registrada com a amortização do ágio verificado na aquisição das empresas Gaby's, pois elas seriam empresas estrangeiras que não funcionaram no país e o artigo 389, § 1º do RIR/99 impediria essa dedutibilidade da despesa com a amortização.

De pronto, é preciso esclarecer que o artigo 389, § 1º do RIR/99 encontra sua redação no Decreto-lei nº 1.598/77, que foi a norma responsável pela introdução dos efeitos fiscais relacionados ao Método de Equivalência Patrimonial ("MEP"), introduzido pela Lei nº 6.404/76.

Nessa linha, percebe-se que o artigo 389, § 1º do RIR/99 está tratando dos efeitos fiscais da aplicação do MEP para avaliação de investimentos mantidos no exterior. Ou seja, determina qual o tratamento fiscal das contrapartidas dos ajustes decorrentes das atualizações que devem ser periodicamente feitas, de acordo com o MEP, em razão dos investimentos detidos no exterior.

Ocorre que, no presente caso, não se está discutindo os efeitos fiscais da amortização do ágio decorrente avaliação periódica de investimento mantido no exterior pela impugnante, como parece presumir a fiscalização.

Está se discutindo a dedutibilidade da despesa decorrente da amortização do ágio gerado na aquisição da participação de empresas controladas incorporadas pela impugnante.

Ou seja, tendo em vista o evento incorporação das controladas, não há mais que se falar em aplicação do MEP, pelo que não há que se falar na aplicação do artigo 389, § 1º do RIR/99.

Isso fica evidente ao se observar que o tratamento fiscal conferido à amortização do ágio, após o evento incorporação da controlada, foi disciplinado pelos artigos 7ºo e 8º da Lei nº 9.532/97, que introduziu o já citado artigo 386 do RIR/99.

Há que se destacar, ainda, que o fato de o ágio ter surgido da aquisição de empresas estrangeiras, tendo essas empresas estrangeiras sido incorporadas, não

acarreta a inaplicabilidade do artigo 386 do RIR/99 que autoriza a dedução das despesas geradas com a amortização do ágio.

Da inexistência de previsão legal para a adição, na base de cálculo da CSLL, da despesa com a amortização de ágio considerada indedutível pela fiscalização

A fiscalização glosou, com base no mesmo fundamento utilizado para o a glosa da base de cálculo do IRPJ, a despesa com a amortização do ágio para apuração da base de cálculo da CSLL.

No entanto, ainda que a amortização do ágio não fosse dedutível para fins da base de cálculo do IRPJ, não poderia haver a adição na base de cálculo da CSLL, por ausência de previsão legal para tanto.

Muito embora a CSLL seja, assim como o IRPJ, tributo incidente sobre o lucro dos contribuintes, certo é que para ela existem normas específicas, que tratam das adições e exclusões ao lucro líquido para fins de determinação de sua base de cálculo, as quais, nem sempre, são as mesmas aplicáveis ao IRPJ.

Ante o exposto, não pode prevalecer a manutenção do crédito tributário da CSLL.

DA MULTA AGRAVADA

Da inexistência de fraude nas operações

Ainda que os argumentos expostos anteriormente não sejam suficientes para o cancelamento integral dos Autos de Infração, não pode prevalecer a multa agravada no percentual de 150%, prevista no artigo 44, § 1º, da Lei nº 9.430/96.

Isso porque, para que a multa agravada pudesse ser exigida, seria necessário que a fiscalização tivesse comprovado, por meio de provas diretas, e não presuntivas, que as operações societárias, que culminaram com o pagamento de juros pela impugnante e a dedutibilidade do ágio foram feitas com evidente intuito doloso de retardar ou impedir o surgimento da obrigação tributária, o que não ocorreu.

De fato, para a caracterização da fraude, há que estar presente, necessariamente, a figura do dolo, caracterizado pela intenção manifesta do agente de omitir dados, informações ou procedimentos que resultam na diminuição ou retardamento no atendimento do dever tributário.

Destaque-se que o antigo Conselho de contribuintes já se manifestou, reiteradas vezes, sobre a imprescindibilidade de comprovação da fraude, pela autoridade lançadora do tributo, para justificar a imposição da multa agravada.

A fiscalização, ao invés de procurar e apresentar essas supostas provas, presumiu o intuito fraudulento da impugnante, sustentando, para tanto, que a impugnante poderia ter procedido de outra forma com relação aos juros pagos para a subsidiária no exterior. Ora, o simples fato de a fiscalização, ao sustentar a fraude, dizer que a impugnante "poderia" ter procedido de outra forma, evidencia que sequer existiu incorreção na sua conduta, muito menos qualquer intuito de impedir ou retardar o evento tributário.

Quanto à amortização do ágio, a fiscalização repetiu os argumentos que utilizou na glosa da despesa de juros para sustentar a aplicação da multa qualificada, sem apresentar qualquer prova do intuito fraudulento da impugnante.

Ademais, ao contrário da fiscalização, a impugnante procurou esclarecer cada um dos fatos e operações narradas, demonstrando que todas as operações praticadas obedeceram aos ditames legais e foram registradas nos respectivos órgãos. A impugnante se preocupou, inclusive, em esclarecer a constituição das empresas Gaby's pelas Vendedoras, deixando claro que não se tratava de sociedades "veículo".

Quem age com fraude realiza operações proibidas, não as escreve em seus registros comerciais e fiscais, não declara essas operações nos formulários de entrega obrigatória e, quando fiscalizado, não entrega a documentação solicitada, procurando sob todas as formas ocultar essas operações. E mais, adultera documentos, utiliza-se de documentos calçados e paralelos, pessoas inexistentes ou "laranjas" e de documentos falsos e inidôneos.

No presente caso, nenhuma destas condutas foi praticada pela impugnante, tanto que em momento algum o Auditor Fiscal mencionou-as no Termo de Verificação Fiscal para justificar o lançamento da multa agravada.

Ressalte-se que o antigo Conselho de contribuintes, ao analisar questão relativa à amortização do ágio, também excluiu a multa agravada imposta pelo Fisco, porquanto todos os atos jurídicos estavam devidamente registrados nos órgãos competentes e na escrita contábil do contribuinte, exatamente como ocorreu no presente caso.

Por todo o exposto, caso não sejam canceladas as presentes autuações, não poderá ser mantida a multa agravada de 150%.

Da inexistência de dolo - Suposto erro na interpretação de lei

Ademais, é importante salientar que a impugnante entendia estar realizando todas as operações em perfeita conformidade com a legislação societária e tributária vigente à época, motivo pelo qual se trataria, no máximo, de erro de interpretação de lei, que não pode ser confundido com ato ilícito ou agir "dolosamente", conforme já decidiu o antigo Conselho de contribuintes.

Verifica-se, assim, a inocorrência de fraude no presente caso, pois no máximo se trata de uma questão de "erro de interpretação" acerca da licitude das operações societárias, o que afasta, por consequência, o dolo e a má-fé, que são os requisitos necessários à configuração da fraude, pelo que se requer seja exonerada a multa agravada imposta, injustificadamente, nos presentes autos.

DA ILEGALIDADE DA COBRANÇA DE JUROS SOBRE A MULTA

Ainda que se entenda pela manutenção das autuações em análise, é certo que os juros calculados com base na taxa SELIC não poderão ser exigidos sobre a multa de ofício lançada, por absoluta ausência de previsão legal.

De fato, o artigo 13 da Lei nº 9.065/95, que prevê a cobrança dos juros de mora com base na taxa SELIC, remete ao artigo 84 da Lei 8.981/95, que, por sua vez, estabelece a cobrança de tais acréscimos apenas sobre tributos.

Não se pode confundir os conceitos de tributo e de multa. Multa é penalidade pecuniária, não é tributo, definido no artigo 3º do CTN.

Assim, considerando que (1) multa não é tributo; e (2) só há previsão legal para que os juros calculados à taxa SELIC incidam sobre tributo (e não sobre multa), a cobrança de juros sobre a multa, que se verifica no cálculo da RFB para atualização dos créditos tributários objeto do presente processo, desrespeita o princípio constitucional da legalidade, o que não pode ser admitido.

Ante o exposto, a impugnante aguarda o cancelamento dos juros de mora, calculados com base na taxa SELIC, sobre a multa de ofício lançada nos Autos de Infração originários do presente processo administrativo.

DO PEDIDO

Diante do exposto, a impugnante requer o cancelamento integral dos Autos de Infração lavrados.

A já citada 5ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em São Paulo, analisando o feito fiscal e a peça de defesa, decidiu, por meio do Acórdão nº. 16-48.538, de 16 de julho de 2013, pela procedência parcial das lançamentos tributários.

O referido julgado foi assim ementado:

DESPESA DE JUROS ENTRE COLIGADAS. REGISTRO NO BACEN.

Ao se equiparar o lançamento de FRNs com mútuo entre coligadas, há também que se equiparar o registro dessas FRNs no BACEN (efetuado pela contribuinte) ao registro de contrato de mútuo, admitindo-se como dedutíveis “os juros determinados com base na taxa registrada”, exonerando-se a exigência correspondente à glosa das despesas de juros.

ÁGIO. AMORTIZAÇÃO.

UTILIZAÇÃO DE EMPRESAS-VEÍCULO PARA ILEGAL PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. INEXISTÊNCIA.

Não se verifica, no caso, a figura de “empresas-veículo”, utilizadas apenas para a execução de um ilegal planejamento tributário.

ÁGIO NA AQUISIÇÃO DE EMPRESAS ESTRANGEIRAS VINCULADAS. LIMITAÇÃO INAPLICÁVEL.

Não se aplica ao caso a limitação da amortização de ágio na “aquisição de investimentos em sociedades estrangeiras coligadas ou controladas que não funcionem no País”, visto que as empresas adquiridas, apesar de sociedades estrangeiras, não eram coligadas ou controladas.

AMORTIZAÇÃO FISCAL DE ÁGIO TRANSFERIDO EM SUBSCRIÇÃO DE CAPITAL MEDIANTE APORTE DE INVESTIMENTO. IMPOSSIBILIDADE.

Não se admite a amortização fiscal do ágio transferido mediante aporte de investimento proveniente da sociedade investidora, que efetivamente suportou o pagamento do ágio, por ausência de previsão legal e porque tal hipótese possibilitaria o duplo aproveitamento fiscal do ágio.

MULTA QUALIFICADA. CRITÉRIOS Se não é evidente a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, não se justifica a aplicação da multa qualificada de 150%.

JUROS SOBRE MULTA DE OFÍCIO.

Tratando-se de aspecto que não faz parte da presente lide, concernente à cobrança do crédito tributário, a autoridade julgadora não se manifesta a respeito de juros sobre multa de ofício.

CSLL. DECORRÊNCIA.

O decidido quanto ao Imposto de Renda Pessoa Jurídica aplica-se à tributação decorrente dos mesmos fatos e elementos de prova.

Irresignada com a manutenção de parte dos lançamentos, a fiscalizada interpôs o recurso voluntário de fls. 2.300/2.399, em que, renovando argumentos expendidos na peça impugnatória, adita que a Turma Julgadora *a quo* inovou o lançamento e que inexistia vedação legal quanto à transferência da participação adquirida com ágio.

A Fazenda Nacional apresentou contrarrazões ao recurso voluntário e razões ao recurso de ofício interpostos, fls. 2.475/2.506, sustentando: a validade da decisão de primeira instância, na parte em que não acolheu a transferência do ágio; a subsunção dos juros pagos aos arts. 22 e 23 da Lei nº 9.430, de 1996; a indedutibilidade do ágio amortizado; a procedência da qualificação da multa de ofício; a impossibilidade de dedução do ágio na determinação da base de cálculo da CSLL; e a procedência da cobrança de juros de mora sobre a multa de ofício.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Wilson Fernandes Guimarães

Atendidos os requisitos de admissibilidade, conheço dos apelos.

Cuida a lide de exigências relativas a Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ) e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), relativas aos anos calendário de 2006 e 2007, formalizadas em virtude de imputação de infrações relacionadas a ajustes de preços de transferência e à amortização de despesas de ágio.

Assinalo que a contribuinte autuada traz em sua peça recursal argumentação que, a meu ver, impossibilita o julgamento do presente processo.

Com efeito, no subitem III.9 da peça recursal, tecendo considerações acerca de um suposto erro cometido pela Fiscalização na apuração das bases de cálculo das exações lançadas, a contribuinte alega:

i) que a Fiscalização aplicou diretamente as alíquotas do IRPJ e da CSLL sobre os valores das matérias tributáveis apuradas, quando deveria ter efetuado a recomposição da base de cálculo do IRPJ e da CSLL;

ii) que, antes de tributar os montantes glosados, a Fiscalização deveria ter incluído as despesas na formação do lucro real e na base de cálculo da CSLL, considerando, inclusive, os saldos de prejuízo fiscal e base de cálculo negativa da CSLL acumulados nos anteriores;

iii) que não merece prosperar a alegação da Delegacia da Receita Federal de Julgamento no sentido de que *"nos anos-calendário de 2006 e 2007 não havia resultados operacionais negativos de períodos anteriores, sendo que os resultados negativos apurados pela contribuinte nesses períodos já haviam sido alterados para resultados positivos, em face da autuação (anterior ao processo em tela) relativa à tributação de lucros no exterior, consubstanciada nos autos do processo nº 10880.729239/2011-11 (autuação em junho de 2011)";* e

iv) que o processo nº 10880.729239/2011-11 está pendente de decisão final, não podendo, assim, alterar o saldo de prejuízos fiscais.

Na recomposição dos resultados dos anos autuados (2006 e 2007) apresentada na peça recursal, a contribuinte aponta também a existência de prejuízo fiscal e base de cálculo negativa de CSLL no ano calendário de 2005, valores que também não teriam sido considerados pela Fiscalização.

O ato decisório recorrido registra que o presente processo decorre da mesma ação fiscal que originou o processo nº 10880.721862/2010-45, relativo ao ano calendário de 2005.

Analisando os autos do processo nº 10880.721862/2010-45, acima mencionado, constato que os saldos de prejuízo fiscal e base de cálculo negativa de CSLL do ano de 2005 foram alterados em virtude das infrações imputadas em relação ao citado ano.

Processo nº 16643.720027/2011-58
Resolução nº **1301-000.349**

S1-C3T1
Fl. 2.539

Penso, pois, que, para que haja pronunciamento conclusivo acerca das alegações trazidas pela Recorrente por meio do referido subitem III.9 do recurso voluntário, é necessário, antes, a prolação de decisão administrativa definitiva nos processos administrativos nºs 10880.729239/2011-11 e 10880.721862/2010-45.

Com suporte nessas razões, conduzo meu voto no sentido de CONVERTER O JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA para que, tão logo sejam exaradas decisões irreformáveis administrativamente nos autos dos processos administrativos nºs 10880.729239/2011-11 e 10880.721862/2010-45, sejam elas anexadas ao presente para fins de prosseguimento do julgamento. Solicita-se que, juntamente com referidas decisões, sejam aportadas ao processo informações objetivas acerca dos saldos de prejuízos fiscais e bases negativas de CSLL passíveis de aproveitamento na determinação dos resultados fiscais nos anos de 2006 e de 2007 retratados nos presentes autos.

"documento assinado digitalmente"

Wilson Fernandes Guimarães - Relator