



**Ministério da Economia**  
**CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS**



**Processo nº** 16643.720027/2011-58  
**Recurso nº** De Ofício e Voluntário  
**Acórdão nº** **1301-003.935 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**  
**Sessão de** 11 de junho de 2019  
**Recorrentes** INTERCEMENT DO BRASIL S/A (ATUAL DENOMINAÇÃO DE CAMARGO CORRÊA CIMENTOS S/A)  
FAZENDA NACIONAL

**ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA (IRPJ)**

Ano-calendário: 2006, 2007

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. TRANSFERÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE.

Não há previsão legal para transferência do ágio da real investidora para outra empresa do grupo. A amortização de despesa do ágio só é possível quando há confusão patrimonial entre a real investidora e a empresa investida, adquirida com ágio.

ÁGIO. LAUDO DE RENTABILIDADE FUTURA. INEXISTÊNCIA.

O estudo que fundamentou o pagamento do ágio não se baseou em rentabilidade futura, mas sim no valor presente do capital da empresa adquirida. A elaboração de laudo, passados 5 anos da operação de compra e venda e após o início do procedimento fiscal, não tem o condão de alterar a natureza do ágio constante de estudo contemporâneo à efetivação da operação.

MULTA QUALIFICADA. NÃO INCIDÊNCIA.

Mantém-se a multa de ofício no patamar de 75%, em face da ausência de comprovação de operação simulada e de evidente intuito de fraude.

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO. INCIDÊNCIA. SÚMULA CARF N.108.

Incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, sobre o valor correspondente à multa de ofício.

AMORTIZAÇÃO INDEVIDA DE ÁGIO. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DA CSLL.

Devem ser incluídas na apuração da base de cálculo as amortizações indevidas de ágio tendo em vista que são aplicáveis à CSLL as mesmas normas de apuração e pagamento do IRPJ, mantidas as bases de cálculo e as alíquotas previstas na legislação em vigor, nos termos do art. 57 da Lei nº 8.981/95.

CSLL. REFLEXOS.

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

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado em: (i) por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso voluntário; e (ii) por maioria de votos, negar provimento ao recurso de ofício, vencida a Conselheira Giovana Pereira de Paiva Leite (Relatora) e o Conselheiro Nelso Kichel que votaram por lhe dar provimento parcial para restabelecer a infração referente à glosa de despesa de juros. Designado o Conselheiro Carlos Augusto Daniel Neto para redigir o voto vencedor.

(Assinado digitalmente)

Fernando Brasil de Oliveira Pinto - Presidente.

(Assinado digitalmente)

Giovana Pereira de Paiva Leite - Relatora.

(Assinado digitalmente)

Carlos Augusto Daniel Neto - Redator designado.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Roberto Silva Júnior, José Eduardo Dornelas Souza, Nelso Kichel, Carlos Augusto Daniel Neto, Giovana Pereira de Paiva Leite, Amélia Wakako Morishita Yamamoto, Bianca Felícia Rothschild e Fernando Brasil de Oliveira Pinto.

## **Relatório**

Trata o presente processo de auto de infração de IRPJ e CSLL (fls. 1434-1454), referente aos anos-calendários 2006 e 2007, decorrente da glosa de amortização de ágio e de adição de parcela de juros pagos ou creditados a pessoa vinculada no exterior, com incidência de multa de ofício qualificada (150%) e juros moratórios, com valores sintetizados no quadro abaixo:

<b>Imposto de Renda Pessoa Jurídica</b>	
Imposto	100.803.789,07
Juros de Mora	45.045.763,64
Multa	151.205.683,60
<b>Valor do Crédito Apurado</b>	<b>297.055.236,31</b>
<b>Contribuição Social s/Lucro Líquido</b>	
Contribuição	36.289.364,06
Juros de Mora	16.216.474,90
Multa	54.434.046,09
<b>Valor do Crédito Apurado</b>	<b>106.939.885,05</b>

Ciente do lançamento, a empresa apresentou impugnação, a qual foi julgada procedente em parte para exonerar a exigência correspondente à glosa das despesas de juros e para afastar a incidência da multa qualificada. O acórdão da DRJ restou assim ementado:

*Ementa: ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA-IRPJ*

*Ano-calendário:2006, 2007*

*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.*

Por bem descrever os fatos e as alegações constantes da impugnação, aproveita-se parte do relatório da decisão de primeiro grau:

#### 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) n.º 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 n.º 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 n.º 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 n.º 9.430/96 e no artigo 2º, da IN SRF n.º 38/97.

O artigo 22, § 3º da Lei n.º 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 n.º 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 n.º 62.258.884/0001-36;
- Cauê Investments Limited (Ilhas Cayman)
- Camargo Corrêa S.A. (CCSA), CNPJ 01.098.905/0001-09;
- 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 conseqüência, 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 Investments 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 Cements 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 Investments, 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 consequente 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 negocial 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 Investments, 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 Holdtotal 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 Holdtotal, 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:

Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ)		
Fundamento legal	artigos 22 e 23, inciso IV, da Lei nº 9.430/96; artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97; artigos 20, 22, § único e artigo 23, § único, do Decreto-lei nº 1.598/77; e artigos 243, 249, inciso I, 251, § único, 299, 324, §§ 2º e 4º, 325, 385, 386, 388, § 1º, e 389, § 1º, do RIR/99	
Crédito Tributário (em reais)	100.803.789,07	Imposto
	151.205.683,60	Multa proporcional (150%)
	45.045.763,64	Juros de mora (cálculo até 31/10/2011)
	297.055.236,31	TOTAL

Contribuição Social sobre o Lucro (CSLL)		
Fundamento legal	artigo 2º, e §§, da Lei nº 7.689/88; artigo 1º da Lei nº 9.316/96; artigo 28 da Lei nº 9.430/96; e artigo 37 da Lei nº 10.637/2002	
Crédito Tributário (em reais)	36.289.364,06	Contribuição
	54.434.046,09	Multa proporcional (150%)
	16.216.474,90	Juros de mora (cálculo até 31/10/2011)
	106.939.885,05	TOTAL

Crédito Tributário Total (em reais)		
Consolidado até 31/10/2011	297.055.236,31	IRPJ
	106.939.885,05	CSLL
	403.995.121,36	TOTAL

Obs.

- Em face da presente autuação, formalizado o processo n.º 16643.720028/2011-01, de Representação Fiscal para Fins Penais.

#### 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 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 refinaranciar 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 n.º 817100.2009.00239-5, acarretou (1) a lavratura dos Autos de Infração veiculados no processo administrativo n.º 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, n.º 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 n.º 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 n.º 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 n.º 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 n.º 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 n.º 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 n.º 241/33955 (doc. 03), descrevendo todas as suas particularidades.

Posteriormente, com o advento da Carta Circular BACEN n.º 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 n.º 241/33955, emitido em papel, migrou, automaticamente, para o sistema eletrônico acarretando a alteração da sua numeração para ROF n.º SA008987 (doc. 05). No próprio ROF n.º 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 n.º 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 n.º 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 n.º 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 n.º 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 n.º 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 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 103-23290, 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 103-23290.

Ademais, no caso narrado no Acórdão 103-23290, 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 105-16774, 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 7º 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 escritura 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 conseqüência, 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.

#### Do Recurso de Ofício

Em razão da parcela exonerada, a DRJ recorreu de ofício, nos seguintes termos:

*Deste ato, RECORRE-SE DE OFÍCIO, ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), de acordo com o artigo 34 do Decreto nº 70.235/1972 e alterações introduzidas pelas Leis nºs 8.748/1993 e 9.532/97, e pela Portaria MF nº 03/2008.*

#### Do Recurso Voluntário

Em **23/08/2013**, o contribuinte foi cientificado do acórdão da DRJ através do Termo de Vista, Ciência e Recebimento constante de fl. 2297. Em **18/09/2013**, apresentou recurso voluntário (fls. 2300-2399), conforme carimbo apostado na primeira página da peça (fl.2300). A Recorrente renova os argumentos expendidos na impugnação, e acrescenta que a Turma Julgadora *a quo* inovou o lançamento e que inexistente vedação legal quanto à transferência da participação societária adquirida com ágio.

#### Das Razões e Contrarrazões da Procuradoria

A Fazenda Nacional apresentou contrarrazões ao recurso voluntário e razões ao recurso de ofício interpostos, fls. 2475-2506, 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 n.º 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.

Da Resolução n.1301-000.349

Em 08 de junho de 2016, o Colegiado decidiu por unanimidade converter o julgamento em diligência para aguardar a decisão definitiva nos processos administrativos n.ºs 10880.729239/2011-11 e 10880.721862/2010-45, e prestar informações objetivas acerca do saldo de prejuízos fiscais e base negativas de CSLL, passíveis de aproveitamento na determinação dos resultados fiscais nos anos de 2006 e 2007, constantes dos presentes autos.

O resultado da diligência (fls.2901-2905), após o encerramento daqueles processos, concluiu que:

- *Processo 10880.721862/2010-45 (Autos de Infração IRPJ e CSLL ano-base 2005):*

*Em função da manutenção dos lançamentos o prejuízo fiscal e a base de cálculo negativa da CSLL originalmente apurado pelo contribuinte foram integralmente consumidos quando da recomposição das bases tributáveis decorrentes da infração.*

*IRPJ (2005)*

*(A) Prejuízo apurado/declarado pelo contribuinte: - 13.626.816,32*

*(B) Infrações sujeitas a redução por prejuízo: 24.863.845,40*

*Resultado ajustado (base tributável): 11.237.029,08 (B - A)*

*Saldo de prejuízo após ajuste: 0,00*

*CSLL (2005)*

*(A) Base de Cálculo apurada/declarada pelo contribuinte: - 894.835,52*

*(B) Infrações sujeitas a redução: 24.863.845,40*

*Resultado ajustado (base tributável): 23.969.009,88 (B - A)*

*Saldo de base de cálculo negativa após ajuste: 0,00*

- *Processo 10880.729239/2011-11 (Autos de Infração IRPJ e CSLL ano-base 2006 e 2007):*

*Em função da manutenção parcial dos lançamentos não houve alterações dos montantes de prejuízos fiscais e bases de cálculo negativa que possibilitasse eventual necessidade de recomposição da matéria tributária, se mantida a presente autuação, permanecendo inalterado o demonstrativo de cálculo apurado quando do julgamento de primeira instância administrativa.*

O sujeito passivo foi cientificado do resultado da diligência e apresentou manifestação às fls. 2918-2920, na qual acata o relatório e reitera os demais argumentos de defesa expostos em seu recurso, para fins de cancelamento do auto.

É o relatório.

## **Voto Vencido**

Conselheira Giovana Pereira de Paiva Leite, Relatora.

## **Recurso Voluntário**

O recurso é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade, portanto, dele conheço.

A decisão da DRJ exonerou parte do crédito tributário, referente aos juros remetidos à coligada no exterior, bem como reduziu a multa de ofício de 150% para 75%, que deu ensejo ao recurso de ofício.

O recurso voluntário cinge-se portanto à amortização do ágio, à adição da despesa de amortização à base de cálculo da CSLL, à alegação de erro cometido pela fiscalização na apuração da base de cálculo do IRPJ e da CSLL e à incidência dos juros de mora sobre a multa de ofício.

#### Da Amortização do Ágio

O Auditor Fiscal considerou indevida a despesa de amortização de ágio pelas seguintes razões, independentes entre si:

- o ágio não foi lastreado em rentabilidade futura, mas sim em fundo de comércio;
- a transferência do ágio se deu entre empresas de um mesmo grupo (CCSA, Gaby1, Gaby2, Gaby3 e CCC), com utilização de empresas veículos de curta duração (Gaby's);
- o ágio foi amortizado pela CCC, mas quem efetivamente arcou com o ônus e efetuou o pagamento do ágio foi a CCSA;
- impossibilidade de amortização de ágio de empresas controladas estrangeiras que não funcionaram no país (Gaby's) e foram incorporadas pela CCC, em função da vedação contida no art. 389, §1º do RIR/99.

A DRJ, sem se adentrar em todos os aspectos citados pela auditor, manteve a autuação no que diz respeito à glosa de amortização de ágio, pelo terceiro argumento acima, posto que, não houve a confusão patrimonial entre a investida e investidora, uma vez que a investidora seria a CCSA que suportou o ônus do ágio, e não a CCC. Reproduz-se trecho do acórdão recorrido:

Dispõem os arts. 385 e 391 do RIR de 1999 que, na avaliação de investimento pelo patrimônio líquido, o custo de aquisição da participação em sociedade coligada ou controlada deve ser desdobrado em valor do patrimônio líquido correspondente à participação societária adquirida e em ágio ou deságio porventura observado e cujo fundamento econômico deve estar evidenciado, sendo as contrapartidas da amortização desse ágio ou deságio não computadas na determinação do lucro real

(...)

No entanto, no caso de a pessoa jurídica absorver o patrimônio de outra sociedade, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, dispõe o art. 386, III, do RIR de 1999, cuja matriz legal advém dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.718/98, que poderá ser amortizado o ágio com fundamento no valor de rentabilidade futura, inclusive na hipótese de a empresa incorporada for aquela que detinha a propriedade da participação societária (§ 6º, II).

(...)

Assim, a participação societária adquirida com ágio ou deságio a que alude o art.386, III, do RIR de 1999, é aquela adquirida pela sociedade que venha a incorporá-la ou, conforme autorização do § 6º do mesmo artigo, pela sociedade que venha a ser incorporada por sua própria investida.

Se a participação societária tiver sido adquirida por uma pessoa jurídica que posteriormente transfira essa participação para outra pessoa jurídica, a esta última não se aplica a possibilidade de amortização fiscal prevista no artigo 386 do RIR/99.

(...)

Na realidade, para que se aplique a disposição contida no artigo 386, é indispensável que ocorra a *confusão patrimonial* entre a investida e a investidora, sociedades que nem sempre correspondem à investida e àquela que detém o ágio sobre a investida.

No caso em apreço, a confusão patrimonial deu-se entre as investidas Gaby's e sua controladora direta (CCC) que, no entanto, não foi quem efetivamente investiu o valor correspondente ao patrimônio líquido daquelas mais o ágio pago na sua aquisição. Quem efetivamente suportou esse sacrifício foi a CCSA.

(...)

Assim, nos termos do artigo 391 do RIR/99, a recuperação fiscal ordinária remanesce na adquirente original do investimento (no caso, a CCSA) que, ao alienar o investimento em CCC, poderá recuperar o ágio sem incorrer em ganho de capital.

Assim, no tocante à questão discutida, consistente na amortização fiscal do ágio pago na aquisição dos investimentos nas Gaby's, entendo ser inadmissível a amortização fiscal do ágio transferido à impugnante mediante subscrição de capital, tal como pretendido.

Pelo exposto, voto pela procedência do lançamento correspondente.(grifei)

A Recorrente argumenta que o Colegiado da DRJ reconheceu a validade do ágio oriundo da aquisição em questão, devendo ser reformada a decisão recorrida apenas no que tange à transferência do ágio à Recorrente.

Pois bem, o cerne da questão reside na validade do ágio e na possibilidade de sua dedução pela Recorrente.

Inicialmente, há de se registrar que a negociação para aquisição da Loma Negra, empresa do segmento de cimento sediada na Argentina, pela Camargo Corrêa S.A. (CCSA) se deu entre partes independentes.

Para efetivação da aquisição da Loma Negra, considerando a necessidade de aprovação pelo governo da Argentina e os valores envolvidos, a operação ocorreu com a intervenção de um agente fiduciário "The Bank of New York" (EUA), responsável pelo cumprimento das obrigações estipuladas no Contrato de Truste.

No contexto da operação, foram criadas as holdings Gaby1, Gaby2 e Gaby3, nos Estados Unidos, para as quais foram transferidos todos os "Direitos de Ações Objeto" das pessoas físicas (acionistas da Loma Negra), e após a autorização do governo argentino, as vendedoras transferiram as ações e a compradora (CCSA) efetuou o pagamento do preço ajustado no Contrato de Truste.

Ou seja, as Gabys não podem ser consideradas meramente como empresas veículo, com objetivo único de transferência de ágio. A sua criação foi necessária para fins de operacionalização do contrato de Truste, efetivado por instituição financeira localizada em um terceiro país, que não o do comprador, nem o do vendedor.

Contudo, apesar da justificativa para a criação das holdings (Gabys), não é possível a transferência do ágio da CCSA, real investidora, para a Camargo Corrêa Cimentos S.A.- CCC (antiga denominação da Recorrente), através de operação de aumento de capital, por ausência de previsão legal.

Nesse sentido, adoto e ratifico o entendimento consignado no acórdão nº 1302-000.834, de relatoria do Conselheiro Wilson Fernandes Guimarães, que tratou do mesmo contribuinte e dos mesmos fatos:

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

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

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

...

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

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

...

III- poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata o inciso II do § 2º do artigo anterior, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração;

...

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

O acórdão n.º 1302-000.834 foi objeto de recurso especial, tendo sido proferido o acórdão n.º 9101-003.397, o qual manteve a glosa da despesa de amortização de ágio. A decisão da CSRF faz uma análise da legislação e destaca a necessidade de sejam atendidos requisitos de ordem pessoal, material e temporal, para fins de dedutibilidade do ágio.

Do ponto de vista pessoal, o evento de incorporação do patrimônio deve envolver a investidora originária ou a real investidora e a investida, não podendo ser utilizadas outras pessoas jurídicas em razão de reorganizações societárias. Transcrevo trecho do acórdão n.9101-003.397:

A partir do momento em que, em razão das reorganizações societárias, passam a ser utilizadas novas pessoas jurídicas (C, D, E, F, G, e assim sucessivamente), peças jurídicas distintas da investidora originária (pessoa jurídica A) e da investida (pessoa jurídica B), e **o evento de absorção não envolve mais a pessoa jurídica A e a pessoa jurídica B**, mas sim pessoa jurídica distinta (como, por exemplo, pessoa jurídica F e pessoa jurídica B), a subsunção ao art. 386 do RIR/99 torna-se impossível, vez que o fato impondível (suporte fático, situado no plano concreto) deixa de ser amoldar à hipótese de incidência da norma (plano abstrato), por incompatibilidade do aspecto pessoal.(grifei)

Com efeito, não há subsunção dos fatos ao art.386 do RIR/99, para fins de amortização de ágio, uma vez que o evento de absorção do patrimônio das Gabys (investidas) não se dá mais pela investidora originária (CCSA), mas sim pela CCC (autuada), em razão de operação societária na forma de aumento de capital com ações das Gabys e pagamento de dívida da CCSA.

Em relação ao aspecto material, o I. Conselheiro André Mendes de Moura, relator do acórdão supracitado, defende que há de se consumir a confusão do patrimônio entre investidora e investida, conforme caput do art. 386 (*pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio...*). Com a confusão patrimonial, restaria aperfeiçoado o encontro de contas entre o real investidor e investida, e a amortização de ágio passaria a ser autorizada, com reflexo na base de cálculo do IRPJ e da CSLL.

No mesmo modo naquele processo, que tratou do mesmo contribuinte e das mesmas operações societárias, não é possível nos presentes autos, autorizar a amortização de despesa de ágio pela Recorrente, posto que não foi ela quem adquiriu a Loma Negra na Argentina. O ágio lhe foi "transferido" através de operação de aumento de capital. Não obstante a "transferência", remanesce a impossibilidade de amortização do ágio, uma vez que não houve a confusão patrimonial entre a real investidora e investidas.

**Portanto, voto no sentido de manter a glosa de despesa de ágio.**

Em que pese a ausência de confusão patrimonial entre a real investidora e investidas seja fundamento suficiente e independente para manter a autuação, vale menção à questão do laudo.

O voto vencedor da DRJ discordou do voto vencido em relação à possibilidade de "transferência" do ágio da CCSA para a CCC, mas afirma ter *concordado substancialmente* no tocante aos demais aspectos do ágio. Presume-se portanto que houve concordância do relator do voto vencedor quanto à legitimidade do laudo de rentabilidade futura da KPMG e do estudo elaborado Banco Goldman, Sachs & Co, nos termos do voto vencido (fl. 2270):

Dessa forma, improcede a afirmação da fiscalização no sentido de ser inverossímil que o ágio efetivamente pago pela CCSA tivesse como fundamento econômico as expectativas de rentabilidade futura, pois teria desprezado todo o fundo de comércio da Loma Negra, ou seja, "os valores relativos à marca "Loma Negra", sua penetração e notoriedade no mercado, sua carteira de clientes, sua reputação de solidez, ...".

Dessa forma, a argumentação da fiscalização sobre o fundo de comércio não invalida os laudos apresentados pelo Banco Goldman Sachs e pela KPMG (único óbice colocado pela fiscalização), de modo a considerá-los hábeis e idôneos a comprovar que o ágio pago pela CCSA teve por fundamento a previsão de rentabilidade em exercícios futuros, sendo, portanto, amortizável/dedutível.(grifei)

Conforme relatado no TVF, na época da transação, em 29/03/2005, foi elaborado um estudo pelo Banco Goldman Sachs (fls. 885-912). Em 2010, após o início da fiscalização, a CCC contratou a KPMG para a elaboração de um estudo de valor das empresas Gaby1, Gaby2 e Gaby3, com data-base em 30 de novembro de 2005, que resultou no documento de fls. 913-953.

Ao analisar os citados documentos, constata-se que o estudo elaborado em 2005 não faz referência à rentabilidade futura ou a qualquer expectativa de resultados futuros, que extrapolassem o valor presente dos ativos tangíveis e intangíveis.

À fl. 886 do estudo do Goldman Sachs, tem-se:

	29-Nov-2004	Dez-2004	Atual
Valor da Empresa - NPV	831	990	1.023
Valor do Capital - NPV	631	767	772

Nas folhas seguintes há informações sobre contingências e passivos assumidos, bem como avaliação da empresa em valor original e projeções do PIB, taxa de câmbio, inflação até 2014. Mas o valor da empresa e o valor do capital foram calculados a valor presente (PV - *present value*) ou valor presente líquido (NPV - *net present value*).

Sendo assim, em março de 2005, a valor da empresa estava em US\$ 1.023 milhões, o valor do capital restou em US\$ 772 milhões. A CCSA adquiriu 93,43% das ações da Loma Negra, por intermédio das Gabys, pelo valor de US\$ 775,8 milhões.

O estudo do Banco Goldman Sachs não faz qualquer menção à parcela de expectativa de rentabilidade futura, pelo contrário apresenta o valor presente do capital e o valor presente da empresa, como um todo. Ao que o valor presente da empresa mais se assemelha ao conceito de valor de mercado constante do art.385, §2º, inciso I do RIR/99, enquanto que o valor do capital parece corresponder ao inciso III (fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas, diferente de rentabilidade futura).

A questão da rentabilidade futura vem a ser colocada apenas no laudo da KPMG, todavia repleto de ressalvas, nos seguintes termos (fl. 918):

**Notas importantes e limitações de escopo**

- Nosso trabalho não incluiu a análise e recomendação do tratamento contábil e fiscal que deveria ter sido dado aos ágios e não determinou quais prazos de amortização deveriam ter sido utilizados.
- Não foi parte também do nosso trabalho a avaliação da estrutura da Transação e da dedutibilidade do ágio realizadas no passado e adotadas para a realização da aquisição, nem de sua implementação.
- Ressaltamos que o escopo do trabalho não incluiu a elaboração de nova avaliação econômico-financeira da Loma Negra, assim como das Empresas, mas apenas a formalização do estudo de rentabilidade futura feito quando da Transação. Nesse sentido não somos responsáveis pelas premissas de projeções do estudo de rentabilidade futura da Loma Negra.
- Enfatizamos que a determinação do valor econômico das eventuais contingências e de outros ajustes ao valor do negócio da Loma Negra não fizeram parte do nosso escopo de trabalho. Dessa forma, com relação a tais itens, nos baseamos em informações e análises que nos foram colocadas à disposição pela Administração da CCC e/ou por seus respectivos auditores, advogados e/ou outros assessores.

Dessarte, como fundamento independente, ratifico o entendimento da autoridade fiscal de que o ágio não poderia ter sido amortizado tendo em vista que seu fundamento econômico não foi a rentabilidade futura da empresa adquirida (art. 385, §2º, II do RIR/99), mas sim o valor presente do seu capital no momento da aquisição em 2005 (art. 385, §2º, III do RIR/99).

A Recorrente alega que houve indevida inovação do critério jurídico pela Turma Julgadora, nos seguintes termos:

A Turma Julgadora, por sua vez, apesar de reconhecer expressamente a aplicabilidade do artigo 385 do RIR/99 no momento da transferência do investimento à Recorrente asseverando que "na subscrição de capital observada, é certo que o investimento teria que ser registrado pelo custo de aquisição da investidora, desdobrado em valor patrimonial e ágio" de forma inovadora, acabou por contestar um ponto novo, que em momento algum foi suscitado pelo Sr. Agente Fiscal, qual seja, a impossibilidade da transferência do ágio pelo suposto "duplo aproveitamento do ágio". (...)

Não procede a alegação de inovação da Recorrente. Em verdade, este argumento da Turma *a quo* apenas reforça a sua fundamentação de que o ágio não se transfere da real investidora, a CCSA, para a Recorrente, e ressalta que o direito à amortização do ágio remanesce na real adquirente. A decisão recorrida tem fundamento na inexistência da confusão patrimonial entre o real investidor e investidas.

**Logo, não há que se falar em inovação de critério jurídico.**

Discute-se ainda a impossibilidade de amortização do ágio por aplicar-se o disposto no art. 389, §1º do RIR/99 que impede o aproveitamento do ágio resultante de aquisição de investimento em sociedade estrangeira coligada ou controlada que não funcione no País.

Retoma-se o que já foi dito antes, que não se tratou de aquisição de investimento em sociedade estrangeira coligada ou controlada, pois a Loma Negra (ARG) não era empresa ligada à adquirente (CSSA), nem tinha qualquer vínculo com a autuada ou empresas do grupo, antes da efetivação da operação de compra e venda.

**Por esta razão, não se aplica o impeditivo à amortização de despesa de ágio constante do art.389, §1º do RIR/99.**

Repercussão da Glosa de Despesa de Amortização de Ágio na Base de Cálculo da CSLL

Protesta a recorrente contra a repercussão de glosa de despesa de amortização de ágio na Base de Cálculo da CSLL.

Alega a Recorrente que o acórdão *a quo* foi silente no que tange à inexistência de previsão legal para a adição da despesa com a amortização de ágio na base de cálculo da CSLL. Acrescenta que: *ainda que o Sr. Auditor Fiscal estivesse correto ao afirmar que a amortização do ágio não seria dedutível para fins da base de cálculo do IRPJ, não poderia ter sido adicionada, no presente caso, a despesa com amortização do ágio na base de cálculo dessa contribuição social por ausência de previsão legal para tanto.*

De antemão, há que se ter em mente que o ágio é despesa, submetida a amortização, por conseguinte, encontra-se a despesa do ágio submetida ao regramento geral das despesas disposto no art. 47, da Lei nº 4.506, de 1964, base legal para o art. 299 do RIR/99:

Art. 299. São operacionais as despesas não computadas nos custos, necessárias à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora (Lei nº 4.506, de 1964, art. 47).

§ 1º São necessárias as despesas pagas ou incorridas para a realização das transações ou operações exigidas pela atividade da empresa (Lei nº 4.506, de 1964, art. 47, § 1º).

§ 2º As despesas operacionais admitidas são as usuais ou normais no tipo de transações, operações ou atividades da empresa (Lei nº 4.506, de 1964, art. 47, § 2º).

§ 3º O disposto neste artigo aplica-se também às gratificações pagas aos empregados, seja qual for a designação que tiverem.

Ademais, o art. 13, I, da Lei nº 9.249/95 assim dispõe:

Art. 13. Para efeito de apuração do lucro real e da base de cálculo da contribuição social sobre o lucro líquido, são vedadas as seguintes deduções, independentemente do disposto no art. 47 da Lei nº 4.506, de 30 de novembro de 1964:

(...)

O texto legal acima transcrito evidencia o vínculo entre a apuração da base cálculo da CSLL e os referidos requisitos para a dedutibilidade de despesas, do contrário não faria nenhum sentido a ressalva contida no texto.

Nesse diapasão, as regras de dedutibilidade de despesas previstas no art. 47 da Lei n.º 4.506, de 1964, aplicam-se tanto ao IRPJ quanto à CSLL.

A redação do art. 13 da Lei n.º 9.249, de 1995, dispõe claramente sobre hipóteses de despesas indedutíveis tanto para o IRPJ quanto para a CSLL, incluindo expressamente as situações previstas no art. 47 da Lei n.º 4.506, de 1964.

A apuração da base de cálculo da CSLL, assim como do IRPJ, partem de um mesmo ponto, o resultado do exercício, nos termos do art. 2º da Lei n.º 7.689/88:

Art. 2º A base de cálculo da contribuição social é o valor do resultado do exercício, antes da provisão para o imposto de renda.

Existe uma simetria entre as bases de cálculo do IRPJ e CSLL em função do art. 57 da Lei n.º 8.981/95, que estabeleceu que aplicam-se à CSLL as mesmas normas de apuração do IRPJ:

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

Nesse sentido, salvo a existência de normativo específico em sentido contrário, a metodologia e as regras de apuração para a CSLL são as mesmas utilizadas na apuração do imposto de renda. Os parágrafos § 3º e 4º do artigo acima transcrito também estabelecem identidade de regras para IRPJ e CSLL:

§ 3º A pessoa jurídica que determinar o Imposto de Renda a ser pago em cada mês com base no lucro real (art. 35), deverá efetuar o pagamento da contribuição social sobre o lucro, calculando-a com base no lucro líquido ajustado apurado em cada mês.

§ 4º No caso de pessoa jurídica submetida ao regime de tributação com base no lucro real, a contribuição determinada na forma dos §§ 1º a 3º será deduzida da contribuição apurada no encerramento do período de apuração.

No caso da amortização de ágio, o disposto no art. 7º da Lei n.º 9.532/97, com a redação dada pela Lei n.º 9.718/98, aplica-se de igual forma à apuração da base de cálculo da CSLL. Tanto é assim, que a Instrução Normativa SRF n.º 390/04, vigente à época dos fatos geradores, ao consolidar a legislação relativa à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, descreveu em seu art. 75, tratamento idêntico ao previsto para o IRPJ nos casos de amortização do ágio de participações societárias extintas por incorporação, fusão ou cisão.

**Diante do exposto, julgo procedente a glosa de despesas com amortização indevida de ágio tanto para a base de cálculo do IRPJ, quanto para a base de cálculo da CSLL.**

Da Alegação de Erro cometido na Apuração das Bases de Cálculo do IRPJ e da CSLL

A Recorrente alega erro na apuração das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, posto que ao glosar as despesas de amortização de ágio e de juros pagos a coligada no exterior, aplicou diretamente as alíquotas, sem efetuar a recomposição das bases de cálculo em razão de prejuízos fiscais e bases negativas de exercícios anteriores.

Esses prejuízos fiscais e bases negativas estavam sendo discutidos em outros dois processos n.º 10880.729239/2011-11 e n.º 10880.721862/2010-45. Em razão da dependência, o julgamento foi convertido em diligência através da Resolução CARF n.1301-000.349, que determinou:

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 n.ºs 10880.729239/201111 e 10880.721862/201045, sejam elas anexadas ao presente para fins de prosseguimento do julgamento. Solicitase 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.

O relatório da Diligência (fls. 2901-2905) apresentou a seguinte conclusão:

Para melhor esclarecimento, foi elaborado Demonstrativo de Cálculo que demonstra os montantes de prejuízos fiscais e bases de cálculo negativa sem considerar a presente autuação, isto é, os montantes resultantes apenas das decisões definitivas dos julgamentos referentes aos processos 10880.721862/2010-45 e 10880.729239/2011-11.

Conclusão:

Pela comparação entre esse demonstrativo e o elaborado pela DRJ, fica evidente que os saldos já foram integralmente utilizados na recomposição da matéria tributável realizada no julgamento de primeira instância administrativa, não restando alterações decorrentes do julgamento definitivo dos processos 10880.721862/2010-45 e 10880.729239/2011-11.(grifei)

Após a conclusão dos processos administrativos citados, constatou-se que não há mais saldos de prejuízo fiscal e base negativa a serem compensados, além daqueles que já foram aproveitados pela DRJ.

Do resultado da diligência, foi dada ciência à Recorrente, a qual não questionou suas conclusões, reiterando os demais argumentos de defesa expostos no recurso voluntário.

**Dessarte, resta afastada a alegação de erro de apuração nas bases de cálculo do IRPJ e da CSLL.**

#### Da Imposição dos Juros de Mora sobre a Multa de Ofício

O contribuinte questiona a ilegalidade da cobrança de juros de mora sobre a multa de ofício, por absoluta falta de previsão legal.

Esta matéria restou pacificada no âmbito do CARF que editou Súmula Vinculante n.º 108, publicada no Diário Oficial da União em 11/09/2018, com a seguinte redação:

**Súmula CARF n.º 108:** Incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, sobre o valor correspondente à multa de ofício.

**Logo, há de ser mantida a incidência dos juros de mora sobre a multa de ofício.**

Diante de todo o acima exposto, voto por conhecer do Recurso Voluntário, e no mérito, por NEGAR-LHE PROVIMENTO.

**Recurso de Ofício**

A DRJ deu provimento parcial à impugnação do contribuinte no sentido de afastar a glosa de despesas de juros com pessoa ligada no exterior, bem como para reduzir a multa de ofício de 150% para 75%, implicando exoneração de tributos e multa em valor que supera o limite de R\$ 2.500.000,00 estabelecido na Portaria MF n.º 63/2017, razão pela qual conheço do recurso de ofício.

#### Remessa de Juros à Pessoa Vinculada no Exterior - Preço de Transferência

A autoridade fiscal glosou parte das despesas de juros pagas pela Recorrente à sua coligada no exterior (Cauê Finance Ltd), porque a autuada apropriou uma despesa de juros muito maior do que permite a legislação. Considerou que a emissão das FRNs se assemelhavam a contratos de mútuo e consignou que as remessas de juros deveriam ter sido registradas no BACEN, como uma operação de mútuo entre pessoas vinculadas, enquadrando-se no artigo 22 da Lei n.9.430/96.

A DRJ entendeu que ao se equiparar os lançamentos de FRNs com mútuos entre coligadas, havia também de se equiparar o registro das FRNs no BACEN, efetuado pela contribuinte, ao registro de contratos de mútuo, de modo a se aplicar o disposto no § 4º do artigo 22 da Lei n.º 9.430/96, admitindo-se como dedutíveis “os juros determinados com base na taxa registrada”. Por conseguinte, cancelou a autuação neste ponto.

A Recorrente ratifica os argumentos apresentados na peça impugnatória, de que contraiu empréstimo no valor de US\$ 150 milhões, lastreado em *Fixed Rate Notes*-FRNs lançados no exterior, com registro no BACEN e vencimento inicialmente em 22/07/2005, com objetivo de refinarciar a aquisição da Cimento Cauê. Acrescenta que antes do vencimento, a Cauê Finance adquiriu tais títulos, mediante prorrogação de vencimento para 22/07/2035, tendo sido essa operação devidamente registrada no BACEN. O registro da operação inicial e da repactuação perante o BACEN constam dos docs. 03, 05 e 06 da impugnação. Afirma a Recorrente que a decisão da DRJ deve ser mantida tendo em vista a existência de registro da operação no BACEN e da inaplicabilidade do limite previsto no art. 22 da Lei n.9.430/96.

De fato, a operação de empréstimo lastreada nas FRNs foi devidamente registrada no BACEN, conforme atesta o doc.03 da impugnação. O registro de repactuação do empréstimo, com a prorrogação da data, ocorreu através de migração automática nos termos da Carta Circular BACEN n.2985/2001, conforme declara a Recorrente:

Assim, em razão desta determinação do BACEN, o Certificado de Registro n.º 241/33955, emitido em papel, migrou, automaticamente, para o sistema eletrônico acarretando na alteração da sua numeração para "Registro de Operações Financeiras ("ROF") n.º SA008987"

No próprio ROF n.º SA008987 consta expressamente o motivo da referida alteração, fazendo menção ao registro do Fixed Rate Notes no valor de US\$ 150.000.000,00 constituído em 1997. Confira-se: (...)

Ocorre que antes do vencimento do empréstimo, as FRNs foram adquiridas pela Cauê Finance Ltd, empresa subsidiária integral da Recorrente. Todavia, não restou registrado no sistema do BACEN que se tratavam de empresas do mesmo grupo. Consta do doc.05 (fl. 1714 e ss) - documento que atesta o registro do empréstimo no BACEN - que a operação não seria entre empresas do mesmo grupo. Vide as seguintes telas do referido documento 05:

SISBACEN 85005/0584-064061148 S I S C O M F X 16/01/2002 08:52  
 TRANSAÇÃO PCEX370 REGISTRO DE OPERAÇÃO FINANCEIRA SCEX57BM  
 ----- CARACTERÍSTICAS GERAIS -----  
 OPERAÇÃO: SA008987 DE: 15/01/2002  
 01. MODALIDADE DA OPERAÇÃO: 2211 TÍTULOS APROV P/BSQUEM  
 02. MOEDA DE REGISTRO.....: 220 DOLAR DOS ESTADOS UNIDOS  
 03. VALOR DA OPERAÇÃO.....: 150,000,000.00  
 04. JUROS (S/N) .....: S 05. PRAZO - MESES/DIAS(M/D): M  
 06. ENCARGOS (S/N) .....: S 07. INTERCOMPANY (S/N): N  
 08. NATUREZA: 700 09. ORIGEM: 100 10. DESTINO: 100  
 11. TITULARES: 12. CA/AP/CR ORIGEM: 24133955  
 a) CADEMP b) TIPO c) VLR PARTICIPAÇÃO d) DETALHAR

TRANSAÇÃO PCEX570 REGISTRO DE OPERAÇÃO FINANCEIRA SCEX57BM  
 ----- CARACTERÍSTICAS GERAIS -----  
 OPERAÇÃO: SA008987 DE: 15/01/2002  
 APROV P/BSQUEM  
 01. MODALIDADE DA OPERAÇÃO: 2211 TÍTULOS  
 02. MOEDA DE REGISTRO.....: 220 DOLAR DOS ESTADOS UNIDOS  
 03. VALOR DA OPERAÇÃO.....: 150,000,000.00  
 04. JUROS (S/N) .....: S 05. PRAZO - MESES/DIAS(M/D): M  
 06. ENCARGOS (S/N) .....: S 07. INTERCOMPANY (S/N): N  
 08. NATUREZA: 700 09. ORIGEM: 100 10. DESTINO: 100  
 11. TITULARES: 12. CA/AP/CR ORIGEM: 24133955  
 a) CADEMP b) TIPO c) VLR PARTICIPAÇÃO d) DETALHAR

a)	b)	c)	d)
1	33675 101 DEV SETOR PRIVADO		
	INTERCEMENT BRASIL S.A.		
2	905789 215 AGENTE DE PAGAMENTO	150000000.00	
	JPMORGAN TRUST BANK LTD.		
3	902809 216 AGENTE DE LANC/EMIS	150000000.00	
	CHASE MANHATTAN INTL.LTD.		
4	2885 301 GARANTIDOR	150000000.00	
	CAMARGO CORREA S.A.		
5	25308 301 GARANTIDOR	150000000.00	
	CONSTS.E COM.CAMARGO CORREA S.A.		

Ou seja, não havia registro no BACEN de que o empréstimo era entre empresas do mesmo grupo, em razão da transferência das FRNs para a Cauê Finance Ltd., subsidiária integral da Recorrente. Isto porque no momento que as FRNs foram emitidas, os juros não eram remetidos para instituição financeira no exterior, não vinculada.

As telas dos sistema do BACEN apresentadas não são claras em relação às características do contrato, nem comprovam as alterações sofridas em razão da transferência das FRNs da instituição financeira independente no exterior e a Cauê Finance Ltd. (empresa vinculada).

O art. 22 da Lei n.9.430/96<sup>1</sup> dispôs:

Art.22. Os juros pagos ou creditados a pessoa vinculada, quando decorrentes de contrato não registrado no Banco Central do Brasil, somente serão dedutíveis para fins de determinação do lucro real até o montante que não exceda ao valor calculado com base na taxa Libor, para depósitos em dólares dos Estados Unidos da América pela prazo de seis meses, acrescida de três por cento anuais a título de spread, proporcionalizados em função do período a que se referirem os juros.

(...)

§4º Nos casos de contratos registrados no Banco Central do Brasil, serão admitidos os juros determinados com base na taxa registrada.

Da leitura do caput do artigo, juntamente com o §4º, resta claro que admite-se a dedução dos juros fixados em contrato, desde que o contrato com pessoa vinculada esteja registrado no BACEN.

O que se observa é que a migração do registro no BACEN mostra a repactuação de um operação entre pessoas não vinculadas, que era a característica inicial do contrato.

Acerca do registro da operação de repactuação no BACEN, o acórdão n.1302-00.834 fez observações relevantes, que corroboram o entendimento que essa repactuação não foi

<sup>1</sup> Redação vigente à época dos fatos geradores.

devidamente registrada, posto que o BACEN desconhecia as condições do novo contrato. Transcrevo trechos do citado acórdão:

Supondo sejam os documentos de fls. 1.318/1.322 e 1.416/1.424 os elementos considerados pela contribuinte (e pela autoridade julgadora de primeira instância) como comprobatórios do registro da alegada repactuação, justificadores do pagamento dos juros à sua subsidiária no exterior, (...), penso que eles não reúnem condições para que possam ser considerados hábeis, eis que, com a devida permissão, nos extratos em questão não constam, como afirmou a contribuinte, “todas as condições dessa renovação dos títulos”.

Considerados os elementos reunidos ao processo, entendo, na linha da descrição trazida pela autoridade autuante, que, para fins tributários, estamos diante de dois negócios absolutamente distintos, sendo o primeiro, devidamente registrado no Banco Central do Brasil, firmado pela contribuinte em 1997, em que ela captou recursos no exterior por meio de lançamento de Fixed Rates Notes; e o segundo, representativo de mútuo entre a contribuinte e sua subsidiária integral, conforme ESCRITURA DE FIDEICOMISSO ALTERADA E CONSOLIDADA (fls. 1.227/1.313).

Observe-se que, nos termos da observação 2 constante do registro da operação financeira realizada em 1997, restou assinalado pelo Banco Central do Brasil que ele não reconheceria qualquer cláusula contratual ou aditivo que contrariasse ou modificasse as condições (características) constantes do certificado que, na ocasião, estava sendo registrado.

Aditou, ainda, o BACEN, que seria necessária uma prévia autorização dele para a efetivação de quaisquer remessas para o exterior não previstas naquele documento ou em condições diversas das nele consignadas.

Entretanto, tomando-se por base a ESCRITURA DE FIDEICOMISSO ALTERADA E CONSOLIDADA, verifica-se que: i) a contribuinte pactuou (expressão contida no referido documento) com sua subsidiária integral no exterior “a prorrogação da Data de Vencimento das Notas e a alteração de determinados outros termos das Notas”.

Por ser digno de destaque, transcrevo, a seguir, excerto do item 1 (COMUNICAÇÃO DE ALTERAÇÃO À FIDUCIÁRIA) da citada ESCRITURA.

(...)

Destaco que JP MORGAN TRUSTEE AND DEPOSITARY COMPANY LIMITED, como fiduciária, estabeleceu condições para aceitar as solicitações formalizadas pela contribuinte (item 2 – CARTA DO JP MORGAN).

Chama atenção na documentação aportada ao processo pela contribuinte o fato de a ESCRITURA DE FIDEICOMISSO ALTERADA E CONSOLIDADA (traduzida por Tradutor Público) apresentar itens com a expressão “INTENCIONALMENTE OMITIDO”.

Ainda que as alterações promovidas pela contribuinte no instrumento de captação de recursos no exterior tenham sido aceitas pelos demais intervenientes, penso que, mesmo desconsiderando outras modificações, a compra de 100% das notas emitidas por parte da sua subsidiária integral, revelou circunstância que, à luz do ordenamento jurídico pátrio, trouxe implicação tributária, qual seja, a de que a repactuação do empréstimo, dada a taxa de juros acordada, fosse devidamente registrada no Banco Central do Brasil, revelando-se imprópria para tal a simples comunicação, a título de renovação, da mudança nas condições de pagamento.

Observo, também, que o registro colacionado aos autos pela contribuinte, ao descrever as condições de lançamento da operação financeira, assinala que as NOTAS são listadas em BOLSA, tendo como praça a BOLSA DE VALORES DE LUXEMBURGO e como mercados de colocação a Europa e os Estados Unidos da América, representando, assim, uma OFERTA PÚBLICA de títulos.

Com a devida vênia, tais condições não guardam qualquer relação com o que foi proposto e acordado na alteração promovida na ESCRITURA DE FIDEICOMISSO.

O fato de o empréstimo tomado pela contribuinte contemplar sua repactuação não significa dizer que, alterada a sua característica essencial (captação por meio de oferta pública para empréstimo de subsidiária integral), tal “inovação” não deva ser adequadamente registrada no Banco Central do Brasil, de modo a satisfazer a exigência da lei tributária.

Inexiste, como alegou a contribuinte, vedação legal quanto a quem deve ou pode adquirir *FIXED RATES NOTES* no exterior, porém, quando resta configurada uma efetiva modificação na forma de obtenção do empréstimo, traduzida pela reunião de todos os títulos emitidos na titularidade de sua subsidiária integral no exterior, fica evidente que, para que se evite a aplicação do limite imposto pela lei tributária na dedução dos encargos envolvidos, tal fato seja, como já dito, refletido em contrato e que este seja devidamente registrado no Banco Central do Brasil.

(...)

De fato, como alega a decisão combatida, não existe no Brasil diploma legal que vede a repactuação de um contrato de *Fixed Rate Notes*, contudo, existe lei que fixa limite à dedução dos juros no caso em que essa repactuação não é registrada no Banco Central do Brasil.

Rejeito, pois, com o devido respeito, os fundamentos utilizados pela Turma Julgadora de primeiro grau para exonerar o sujeito passivo do crédito tributário em questão, motivo pelo qual dou provimento ao recurso relativamente a este item.

Por conseguinte, tendo em vista que não existe contrato entre pessoas vinculadas, devidamente registrado no BACEN, há que se aplicar o disposto no caput do art. 22 da Lei n.9.430/96 e restabelecer a glosa de despesas de juros remetidos a empresa vinculada no exterior.

**Neste ponto, voto por dar provimento ao recurso de ofício.**

#### Da Multa Qualificada

A autoridade fiscal aplicou multa de ofício qualificada pois entendeu ter havido a caracterização simulação de uma complexa operação envolvendo 7 empresas e evidente intuito de fraude, apontando, em suma, as seguintes razões (fls. 1476-1477):

- operação planejada entre empresas de um mesmo grupo (CCSA, Gabys e CCC) para transferência de ágio;
- inexistência de sentido econômico previsto na rentabilidade futura das empresas Gabys;
- existência efêmera das empresas Gabys e sua caracterização como empresas veículo;
- laudo questionável e discutível de "rentabilidade de exercícios futuros";
- intuito de burlar pelo descumprimento do art.389, §1º do RIR, que impede a amortização do ágio das empresas estrangeiras controladas que não funcionam no país.

Alinho-me à decisão da DRJ que não vislumbrou o evidente intuito fraudulento que justificasse a imposição de multa de 150%.

Isto porque ainda que efêmera a existência das empresas Gabys, elas tiveram um propósito, qual seja, a efetivação do contrato de compra e venda entre a CCSA, sediada no

Brasil, e a Loma Negra, com sede na Argentina, através de um agente fiduciário "The Bank of New York", localizado nos EUA.

Ainda que meu entendimento seja pela impossibilidade da transferência do ágio da real adquirente (CCSA) para outra empresa do grupo (CCC/ autuada), há de se reconhecer que não houve operação simulada, uma vez que a aquisição da participação societária da Loma Negra pela CCSA envolveu grupos econômicos independentes e não ligados.

**Sendo assim, diante da ausência da comprovação de operação simulada e de evidente intuito de fraude, voto no sentido de manter a multa de ofício no patamar de 75%.**

Diante de todo o acima exposto, voto por conhecer do Recurso de Ofício, e no mérito, DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO para restabelecer a glosa de despesas de juros.

(Assinado digitalmente)

Giovana Pereira de Paiva Leite

## Voto Vencedor

Conselheiro Carlos Augusto Daniel Neto - Redator designado.

Peço vênias para divergir da relatora no tocante à matéria objeto de Recurso de Ofício.

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.

Dispõe o referido dispositivo, *verbis*:

Art.22.Os juros pagos ou creditados a pessoa vinculada, **quando decorrentes de contrato não registrado no Banco Central do Brasil**, somente serão dedutíveis para fins de determinação do lucro real até o montante que não exceda ao valor calculado com base na taxa *Libor*, para depósitos em dólares dos Estados Unidos da América pela prazo de seis meses, acrescida de três por cento anuais a título de *spread*, proporcionalizados em função do período a que se referirem os juros.

O empréstimo tomado pela Recorrente, 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.

Estando o contrato originário registrado no BACEN, não há que se aplicar o limite de dedutibilidade dos juros estabelecido pelo art. 22 da Lei nº 9.430/96.

Como explicitado na decisão recorrida:

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 n.º 241/33955 (doc. 03), descrevendo todas as suas particularidades.

Posteriormente, com o advento da Carta Circular BACEN n.º 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 n.º 241/33955, emitido em papel, migrou, automaticamente, para o sistema eletrônico acarretando a alteração da sua numeração para ROF n.º SA008987 (doc. 05). No próprio ROF n.º 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 n.º 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 n.º ROF TA345775 das FRNs emitidas em 1997 (doc. 06).

Vejase 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 n.º 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.

Desse modo, entendo ter razão o contribuinte, razão pela qual nego provimento ao Recurso de Ofício.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Carlos Augusto Daniel Neto