



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



|                    |                                            |
|--------------------|--------------------------------------------|
| <b>PROCESSO</b>    | <b>16643.720027/2011-58</b>                |
| <b>ACÓRDÃO</b>     | 9101-007.062 – CSRF/1ª TURMA               |
| <b>SESSÃO DE</b>   | 10 de julho de 2024                        |
| <b>RECURSO</b>     | ESPECIAL DO PROCURADOR E DO CONTRIBUINTE   |
| <b>RECORRENTES</b> | FAZENDA NACIONAL<br>INTERCEMENT BRASIL S/A |

**Assunto: Processo Administrativo Fiscal**

Ano-calendário: 2006, 2007

RECURSO ESPECIAL DE DIVERGÊNCIA. PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE. ART. 67 DO ANEXO II DO RICARF. DIVERGÊNCIA NÃO CARACTERIZADA. NÃO CONHECIMENTO.

Não se conhece de Recurso Especial que aponta como paradigma de divergência acórdão que examine planos fático e jurídico fática distintos dos analisados no aresto recorrido.

**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.

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado em: (i) quanto ao Recurso Especial do Contribuinte, por unanimidade de votos, não conhecer do recurso; e (ii) relativamente ao Recurso Especial da Fazenda Nacional: (a) por unanimidade de votos, não conhecer do recurso quanto à matéria “multa qualificada”; e (b) por maioria de votos, conhecer do recurso quanto à matéria “subsunção dos juros pagos aos artigos 22 e 23 da Lei nº 9.430/1996”, vencidos os Conselheiros Luis Henrique Marotti Toselli, Heldo Jorge dos Santos Pereira Júnior e Jandir José Dalle Lucca que votaram pelo não conhecimento. No mérito, por maioria de votos, acordam em negar provimento

ao recurso da Fazenda Nacional, vencidos os Conselheiros Edeli Pereira Bessa e Guilherme Adolfo dos Santos Mendes que votaram por dar provimento. por.

*Assinado Digitalmente*

**Fernando Brasil de Oliveira Pinto** – Presidente em exercício e Relator

Participaram da sessão de julgamento os julgadores Edeli Pereira Bessa, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Maria Carolina Maldonado Mendonça Kraljevic, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Helder Jorge dos Santos Pereira Júnior, Jandir José Dalle Lucca e Fernando Brasil de Oliveira Pinto (Presidente em exercício).

## RELATÓRIO

Trata-se de Recursos Especiais interpostos por INTERCEMENT BRASIL S/A e pela FAZENDA NACIONAL em face do Acórdão nº 1301-003.935 (11/06/2019), cuja ementa e respectivo dispositivo receberam a seguinte redação:

### **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.

Trata o presente processo de autos de infração de IRPJ e CSLL, referente aos anos-calendário 2006 e 2007, decorrentes da glosa de amortização de ágio e da adição de parcela de juros pagos ou creditados a pessoa vinculada no exterior, com incidência de multa de ofício qualificada (150%).

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. Houve recurso de ofício.

Nos termos da ementa e do dispositivo acima transcritos, o Acórdão nº 1301-003.935 (fls. 2233-2277) negou provimento a ambos os recursos, confirmando a decisão de piso.

Por bem descrever os fatos e as alegações em litígio, aproveito parte do relatório da decisão de primeiro grau, complementando-o ao final.

DA AUTUAÇÃO

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

#### DAS ATIVIDADES EXERCIDAS NO EXTERIOR - DESCRIÇÃO DOS FATOS

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Tendo em vista as informações acima, fica patente que durante os anos de 2006 e 2007 a fiscalizada não estava apropriando despesas com o pagamento de juros de

uma operação de lançamento de FRNs e sim de uma operação de mútuo entre empresas vinculadas, com uma taxa muito superior ao que permite a legislação pertinente ao assunto.

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

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

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

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

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

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

#### DA AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO

Das empresas envolvidas

As empresas envolvidas são as seguintes:

- Camargo Corrêa Cimentos S.A. (CCC), atual Intercement Brasil S.A., a fiscalizada, CNPJ nº 62.258.884/0001-36;
- 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 consequência, a CCSA passou a controlar diretamente 100% das ações das empresas Gaby's e indiretamente 100% das ações da Holdtotal S.A. e 93,43% das ações da Loma Negra e pagou para as Vendedoras o montante de US\$ 775.818.303,00.

Em 30 de novembro de 2005, a CCSA transferiu a titularidade da totalidade das suas ações das empresas Gaby's para sua controlada CCC, que atua no mesmo ramo da empresa adquirida indiretamente na Argentina (Loma Negra). Essa transferência ocorreu devido à aprovação de um aumento de capital no valor de R\$ 1.266.866.528,37, na CCC, aprovado pela Ata da Assembléia Geral Extraordinária CCSA, realizada nessa data e pelo pagamento de uma dívida que a CCSA tinha com a Cauê 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 particularidades 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 influiu 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 Ferssur, empresa que opera as ferrovias de carga, que transportam a produção das principais indústrias da Argentina, o que também constitui um ativo que influenciou o ágio desembolsado.

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

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

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

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

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

Relembrando, as empresas Gaby's foram compradas pela CCSA pelo valor de US\$ 775.818.303,00 (R\$ 1.707.587.508,37), em 09/11/2005, apesar de serem

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

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

Na situação posta, as operações societárias engendradas pelo grupo econômico Camargo Corrêa tiveram como objetivo aproveitar-se da amortização do ágio pago pela CCSA e gerado quando da aquisição das ações das empresas Gaby's (concretizadas em 09/11/2005) e transferidas para a fiscalizada em 30/11/2005 e no dia seguinte incorporadas.

E o ponto de partida para tal apropriação do ágio na fiscalizada deu-se com o aumento de capital na CCC, ocorrido em 30/11/2005, com a transferência das ações das empresas Gaby's e pelo pagamento de uma dívida, que a CCSA tinha com Cauê Investiments, que com sua extinção, o direito transferiu-se para sua controladora a CCC, pelo instituto da subrogação (artigo 347, inciso I, do Código Civil). Conclui-se, por conseguinte, que o ágio inicialmente pago pela CCSA foi transferido indevidamente para a fiscalizada.

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

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

societárias que visem apenas e tão-somente alcançar benefícios fiscais, tal como no caso em tela.

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

Ora, o ágio foi efetivamente pago pela CCSA e não pela sua controlada CCC.

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

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

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

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

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

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

A análise dos fatos a seguir conduz inexoravelmente à conclusão de que a CCC está impedida de deduzir os encargos de amortização do ágio em comento, para efeito de apuração das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL. Para tanto, é oportuno

destacar os dispositivos legais que tratam do assunto: os artigos 22, § único e 23, § único, do Decreto-Lei nº 1.598/77, alterado pelo Decreto-Lei nº 1.648/78, matrizes legais dos artigos 388, § 1º e 389, § 1º do RIR/99.

Cabe lembrar que em 30 de novembro de 2005, a CCSA transferiu a titularidade da totalidade das suas ações nas empresas Gaby's para sua controlada CCC, que atua no mesmo ramo da empresa adquirida indiretamente na Argentina (Loma Negra). Essa transferência ocorreu devido à aprovação de um aumento de capital no valor de R\$ 1.266.866.528,37, na CCC, aprovado pela Ata da Assembléia Geral Extraordinária, de 30/11/2005 e pelo pagamento de uma dívida que a CCSA tinha com a Cauê 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 Holdttotal para concretizar o negócio.

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

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

A natureza única do ágio alegada no laudo é de rentabilidade de exercícios futuros, ignorando totalmente o fundo de comércio da empresa (pois, neste caso, o ágio não geraria amortizações dedutíveis das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL). Portanto, os valores relativos à marca "Loma Negra", sua penetração e notoriedade no mercado, sua carteira de clientes, sua reputação de solidez, enfim, o valor de seu fundo de comércio, foi total e convenientemente substituído pela tosca, questionável e discutível "rentabilidade de exercícios futuros". Não é possível desprezar também o fundo de comércio das empresas subsidiárias da Holdttotal, que atuam em vários campos, principalmente na fabricação de cimentos, tanto na Argentina quanto no Uruguai.

Outro fato de suma importância, que deve ser levado em consideração, é que em 29 de março de 2005 foi elaborado um estudo, pelo grupo econômico Camargo Corrêa e seus assessores financeiros (Banco Goldman Sachs), denominado de "Gaby Avaliação Atualizada (fls. 6)", o qual contém o "*Valor da Empresa*

*Atualizado em US\$ 1.080 milhões*", ficando nítido que o grupo Camargo Corrêa não iria desembolsar um valor de US\$ 775.818.303 com base na rentabilidade futura das empresas Gaby's, se as empresas valessem apenas os valores de seus Patrimônios Líquidos de US\$ 136 milhões. Não resta qualquer dúvida de que o grupo econômico Camargo Corrêa sabia do real valor dos ativos que pretendia adquirir. O que deixa claro que se baseou no valor do fundo de comércio para concretizar o negócio e não na rentabilidade futura, que alega para compensar o ágio pago.

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

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

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

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

#### DOS LANÇAMENTOS

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

[...]

#### DA IMPUGNAÇÃO

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

#### DOS FATOS

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

A impugnante, no ano de 1997, contraiu um empréstimo no valor de US\$ 150 milhões, lastreado em Fixed Rate Notes (FRNs) lançadas no exterior, nos termos do disposto na Circular Banco Central do Brasil BACEN nº 2.384, de 26/11/93, com vencimento previsto para 22 de julho de 2005. Destaque-se que consta no certificado emitido pelo BACEN 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 nº 817100.2009.00239-5, acarretou (1) a lavratura dos Autos de Infração veiculados no processo administrativo nº 10880.721862/2010-45, por meio do qual se exigiu o recolhimento de IRPJ e CSLL supostamente devidos no ano de 2005 (cancelado pela decisão da DRJ) e (2) a constituição do presente processo administrativo, nº 16643.720027/2011-58, o qual exige o recolhimento de IRPJ e CSLL supostamente devidos nos anos de 2006 e 2007.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

#### DOS JUROS DA EXISTÊNCIA DE REGISTRO NO BACEN

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

#### DO ÁGIO

##### Da dedutibilidade do ágio - Regras gerais

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

Nem poderia ser diferente, já que a expectativa de rentabilidade futura nada mais 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"

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

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

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

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

Da inexistência de dolo - Suposto erro na interpretação de lei

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

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

#### DA ILEGALIDADE DA COBRANÇA DE JUROS SOBRE A MULTA

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

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

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

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

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

#### DO PEDIDO

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

Conforme dito, o Acórdão nº 1301-003.935 negou provimento aos recursos voluntário e de ofício, confirmando, portanto, a decisão de piso, que exonerou a exigência correspondente à glosa das despesas de juros e afastou a incidência da multa qualificada.

#### RECURSO ESPECIAL DA FAZENDA NACIONAL

Cientificada, a PGFN apresentou Recurso Especial (fls. 3006-3034) em que suscita divergência entre o acórdão recorrido e decisões de outra Turma em relação às matérias assim identificadas no despacho de admissibilidade: “*subsunção dos juros pagos aos artigos 22 e 23 da Lei nº 9.430/1996*”, e “*necessidade de qualificação da multa de ofício*”.

O Despacho de Admissibilidade de fls. 3037-3040 deu seguimento ao Apelo da Fazenda Nacional, nos seguintes termos:

**(1) “subsunção dos juros pagos aos artigos 22 e 23 da Lei nº 9.430/1996”**

**Decisão recorrida:**

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.

[...].

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.

[...].

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.

**Acórdão paradigma nº 1302-00.834, de 2012:**

PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA. JUROS. DEDUTIBILIDADE. LIMITE.

Nos termos do disposto no art. 22 da Lei nº 9.430, de 1996, 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 pelo 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.

Imprestável, como meio de prova do referido registro, extrato que, ainda que emitido pelo Banco Central do Brasil, não revela características essenciais do acordo pactuado.

[...].

Entendeu a Fiscalização que, como a detentora das FRN era a própria subsidiária da contribuinte, a captação de recursos objetivada não poderia acontecer, restando claro o intuito de reduzir o resultado mediante o pagamento dos juros, e, ainda, com uma taxa superior a que se praticaria com uma operação de mútuo comum.

Assim, desconsiderando a operação de lançamento de FRN, a Fiscalização caracterizou o negócio como uma operação de mútuo entre pessoas vinculadas e, amparando-se nas normas relativas a preços de transferência, glosou parte das despesas de juros apropriadas pela contribuinte fiscalizada.

[...].

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).

[...].

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.

[...].

A contribuinte, por meio da peça impugnatória, afirmou que o Banco Central analisou e aprovou a repactuação em debate, tendo, por meio da transmissão do Registro da Operação Financeira, lhe comunicado a respeito. Contudo, aos autos, só foi trazido o extrato correspondente ao Registro da Operação Financeira que, como reiteradamente afirmado, não traduz a repactuação empreendida.

6. Com relação a essa primeira matéria, **ocorre o alegado dissenso jurisprudencial**, pois, em situações fáticas semelhantes, sob a mesma incidência tributária e à luz das mesmas normas jurídicas, chegou-se a conclusões distintas.

7. Enquanto a **decisão recorrida** entendeu que 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, e que, 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, o **acórdão paradigma apontado** (Acórdão nº 1302-00.834, de 2012), analisando a mesma operação envolvendo a mesma empresa recorrida, decidiu, **de modo diametralmente oposto**, que está-se 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), e que 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, sendo que o Registro da Operação Financeira [...] não traduz a repactuação empreendida.

**(2) “necessidade de qualificação da multa de ofício”**

**Decisão recorrida:**

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.

[...].

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%.**

**Acórdão paradigma nº 9101-002.802, de 2017:**

INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADE. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. TRANSFERÊNCIA DE ÁGIO. PLANEJAMENTO FISCAL.

Para dedução fiscal da amortização de ágio, é necessário que a incorporação se verifique entre a investida e a pessoa jurídica que adquiriu

a participação societária com ágio. Não é possível a amortização do ágio quando a incorporadora não pagou pela aquisição do investimento.

[...].

#### MULTA DE OFÍCIO. QUALIFICAÇÃO.

Quando o planejamento tributário evidencia uma intenção dolosa de alterar as características do fato gerador, com intuito de fazer parecer que se tratava de uma outra operação com repercussões tributárias diversas, tem-se a figura da fraude, a ensejar a multa qualificada.

#### **Acórdão paradigma nº 1101-000.899, de 2013:**

TRANSFERÊNCIA DE CAPITAL PARA AQUISIÇÃO DE INVESTIMENTO POR EMPRESA VEÍCULO, SEGUIDA DE SUA INCORPORAÇÃO PELA INVESTIDA. SUBSISTÊNCIA DO INVESTIMENTO NO PATRIMÔNIO DA INVESTIDORA ORIGINAL.

Para dedução fiscal da amortização de ágio fundamentado em rentabilidade futura é necessário que a incorporação se verifique entre a investida e a pessoa jurídica que adquiriu a participação societária com ágio. Não é possível a amortização se o investimento subsiste no patrimônio da investidora original.

#### MULTA QUALIFICADA.

Sujeita-se à multa qualificada a exigência tributária decorrente da prática de negócio jurídico fictício, que se presta, apenas, a construir um cenário semelhante à hipótese legal que autoriza a amortização do ágio pago na aquisição de investimentos.

8. No que se refere a essa segunda matéria, também **ocorre o alegado dissenso jurisprudencial**, pois, em situações fáticas semelhantes, sob a mesma incidência tributária e à luz das mesmas normas jurídicas, chegou-se a conclusões distintas.

9. Enquanto a **decisão recorrida** entendeu que *não houve operação simulada*, os **acórdãos paradigmas apontados** (Acórdãos nºs 9101-002.802, de 2017, e 1101-000.899, de 2013) decidiram, **de modo diametralmente oposto**, que, *quando o planejamento tributário evidencia uma intenção dolosa de alterar as características do fato gerador, com intuito de fazer parecer que se tratava de uma outra operação com repercussões tributárias diversas, tem-se a figura da fraude, a ensejar a multa qualificada (primeiro acórdão paradigma)* e que *sujeita-se à multa qualificada a exigência tributária decorrente da prática de negócio jurídico fictício, que se presta, apenas, a construir um cenário semelhante à hipótese legal que autoriza a amortização do ágio pago na aquisição de investimentos (segundo acórdão paradigma)*.

[...]



12. Com fundamento nas razões acima expendidas, nos termos dos arts. 18, inciso III, c/c 68, § 1º, ambos do Anexo II do RI/CARF aprovado pela Portaria MF nº 343, de 2015, **ADMITO** o Recurso Especial interposto.

Cientificado do teor do acórdão recorrido e do despacho de admissibilidade, o contribuinte apresentou embargos de declaração ao acórdão, os quais foram rejeitados pelo despacho de fls. 3331-3344, e tempestivas Contrarrazões ao recurso fazendário.

Pugna pelo não conhecimento do recurso, aduzindo que o recurso seria inepto, porque a Fazenda Nacional *“qualificou o Recurso Especial com o número de processo administrativo de outro contribuinte, sem qualquer relação com os presentes autos”*, além de *“ao delimitar o escopo da sua insurgência, aduzir que seu recurso diz respeito apenas ao tema da multa qualificada, não obstante ter trazido razões também para a infração dos juros remetidos ao exterior”*.

Ademais, o recurso também não deveria ser conhecido quanto aos juros pagos à empresa ligada no exterior *“na medida em que não se evidenciou, por meio do acórdão paradigma nº 1302-00.834, interpretação divergente quanto aos artigos 22 e 23 da Lei nº 9.430/1996”*, pois, do quanto se depreende da argumentação contida no recurso, a divergência alegada poderia ser assim sintetizada:

- Segundo o **acórdão paradigma nº 1302-00.834**, a repactuação do empréstimo tomado pela Recorrida lastreado em Fixed Rate Notes, 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**. Por consectário, **a operação praticada pela Recorrida não estaria registrada no BACEN**, razão pela qual a dedutibilidade dos juros estaria sujeita ao limite previsto no artigo 22 da Lei nº 9.430/1996;
- Já no entendimento do **acórdão recorrido**, a repactuação do empréstimo tomado pela Recorrida, lastreado nos Fixed Rate Notes, estava contemplada no contrato devidamente registrado no BACEN. Como consequência, **havendo o registro no BACEN**, não há o que se falar na aplicação do limite previsto no artigo 22 da Lei nº 9.430/1996.

A divergência, portanto, estaria quanto à *“existência ou não/desqualificação do registro do empréstimo no BACEN, e não quanto à previsão do artigo 22 da Lei nº 9.430/1996”*, ou seja, quanto a uma questão de fato, e não de direito.

Além do que, pela leitura das razões de mérito do Recurso Especial, nota-se que a Recorrente busca apenas *“rediscutir fatos e provas, o que foge das atribuições deste E. Câmara Superior de Recursos Fiscais”*.

Aduz também que o recurso não deveria ser conhecido quanto à qualificação da multa de ofício, porque a suposta divergência ilustrada pelos acórdãos paradigma nº 9101-002.802 e 1101-000.899 *“baseou-se em premissa equivocada”*.

Isto porque a manutenção da multa qualificada naqueles casos *“decorreu da constatação pelas Turmas Julgadores da utilização de sociedades veículo, constituídas unicamente com fins fiscais, situações que foram expressamente afastadas no acórdão recorrido”*.

Ademais, além do erro de premissa, o recurso fazendário também não merece ser conhecido, neste ponto, porquanto visa a rediscutir matéria probatória.

Isto porque a decisão recorrida de afastar a qualificação da multa de ofício decorreu da valoração dos fatos e provas contidas nos autos – se houve simulação e fraude ou não – de modo que, por consequência, a sua reforma, pretendida pela Recorrente, implica a rediscussão desses fatos, o que não é possível em sede de julgamento de Recurso Especial.

No mérito, defende a inaplicabilidade do artigo 22 da Lei nº 9.430/96 ao caso, na questão dos juros pagos à empresa ligada no exterior, porquanto tal dispositivo trata apenas das hipóteses em que os juros pagos são oriundos de contratos *não registrados* no BACEN, o que não é o caso dos autos, conforme a própria DRJ já havia reconhecido, ao assentar que *“Essa emissão de FRNs foi devidamente registrada e autorizada pelo BACEN [...]”*.

E, quanto à qualificação da multa de ofício, aponta que o acórdão recorrido consignou expressamente que *“as Gabys não podem ser consideradas meramente como empresas veículo, com objetivo único de transferência de ágio [e que 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”*.

Ressalta, ademais, que já possui em seu favor decisão favorável definitiva deste E. Conselho quanto ao afastamento da multa qualificada nos autos do processo nº 10880.721862/2010-45, que trata dos mesmos fatos geradores em análise, para anos pretéritos, além de decisões ainda não definitivas proferidas por Autoridades Julgadoras nos processos administrativos nº 16561.720241/2016-29 (ano-base 2011) e 16561.720154/2017-52 (ano-base 2012), também afastando a majoração da penalidade imposta pela Autoridade Fiscal.

#### RECURSO ESPECIAL DO CONTRIBUINTE

Cientificado do teor do acórdão recorrido, o contribuinte apresentou também o seu Recurso Especial (fls. 33533383) em que suscita divergência entre o acórdão recorrido e decisões de outra Turma com relação a sete pontos, contudo, o recurso somente restou admitido com relação à matéria *“Possibilidade de dedução da despesa com amortização de ágio da base de cálculo da CSLL”*, mesmo após a interposição de agravo por parte da recorrente, o qual foi inteiramente rejeitado pelo despacho de fls. 3872-3901.

O Despacho de Admissibilidade de fls. 3768-3797 deu seguimento ao Apelo do Contribuinte com relação a esta matéria, nos seguintes termos:

Indicou-se como paradigmas os acórdãos nº 1103-00.630 e nº 107-07.315, abaixo ementados:

#### **Paradigma 1 – Ac. nº 1103-00.630:**

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica IRPJ

Exercício: 2001

Ementa: ÁGIO NA AQUISIÇÃO DE PARTICIPAÇÕES ACIONÁRIAS. AMORTIZAÇÃO. VINCULAÇÃO A FUNDAMENTO ECONÔMICO ESPECÍFICO – RENTABILIDADE FUTURA.

\_ A legislação (§ 3º do art. 20 do Decreto-lei nº. 1.598/77) exige do contribuinte, na hipótese de pagamento de ágio em vista de rentabilidade futura, esteja o fundamento econômico indicado em demonstração específica, arquivada na escrituração.

\_ as pessoas jurídicas podem, sem qualquer restrição, procederem ao pagamento de ágio na aquisição de participações acionárias (procedimento corrente, inclusive), estando autorizadas a procederem à amortização do ágio com base na expectativa de rentabilidade futura, não se exigindo a concretização desta

#### **Paradigma 2 – Ac. nº 107-07.315**

CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO — BASE DE CÁLCULO — ADIÇÕES — ILEGALIDADE — ART. 57 — LEI N.º 8.981/95 — INAPLICABILIDADE. A adição à base de cálculo da CSSL do valor da amortização do ágio na aquisição de investimentos avaliados pela equivalência patrimonial não encontra previsão legal, não podendo ser exigida do contribuinte. Não se aplica à presente questão o art. 57 da Lei n.º 8.981/95, pois tal dispositivo não determina que a base de cálculo da CSSL seja idêntica à base de cálculo do IRPJ, nem que as adições devam ser as mesmas.

#### **Análise do primeiro paradigma**

Trata-se de situações fáticas assemelhadas, bem assim mesmo arcabouço jurídico, dado que versou sobre caso em que se discutia sobre o ágio **incentivado** e seu reflexo na CSLL.

Dessa forma, **enquanto o recorrido** em face da conclusão que a amortização do ágio seria indedutível da base de cálculo do IRPJ, tratou a sua repercussão na base da CSLL como uma matéria reflexa, na medida em que constatou a existência de previsão legal que determinaria a aplicação das mesmas regras de apuração do IRPJ para a CSLL. **De outra banda**, em sentido oposto, **o primeiro paradigma** também tratando da repercussão do ágio na CSLL como um tema completamente **autônomo**, aduziu que não haveria previsão legal específica para indedutibilidade da CSLL e adição da mesma, deixando subentendido que isso independeria da sorte do lançamento do IRPJ quanto à dedutibilidade do ágio.

Pelo exposto, OPINO por **ADMITIR** esta matéria, através deste **primeiro paradigma (Ac. nº 1103-00.630)**.

#### **Análise do segundo paradigma – Ac. nº 107-07.315**

Neste segundo paradigma, enfrentou-se a amortização do ágio previsto no art. 32910 do RIR/1994 (Dedutibilidade da amortização do ágio na CSLL em virtude de participação mantida na investidora através do ME). Em conformidade com o art. 334 do referido Regulamento, as contrapartidas da referida amortização não deveriam ser computadas na determinação do lucro real. Neste caso, a contribuinte fiscalizada adicionou a contrapartida da amortização do ágio para fins de determinação do lucro real, porém, não adotou igual procedimento na apuração da base de cálculo da CSLL.

Dessa forma **enquanto o recorrido** versou sobre hipótese de absorção da participação em controlada ou coligada em virtude de incorporação, fusão ou cisão, de que trata a Lei nº 9.532/1997 em seus arts. 7º e 8º; **nos paradigmas, de outra banda**, tratou-se de simples dedutibilidade da amortização do ágio na CSLL em virtude de participação mantida na investidora através do MEP, sem a presença de algum tipo de vício nesse aproveitamento

A decisão paradigmática, portanto, não levou em consideração irregularidades específicas que prejudicassem o reconhecimento contábil do ágio, tornando as situações fáticas não comparáveis para efeito de comprovação do dissídio jurisprudencial.

Portanto, este segundo paradigma não está apto a demonstrar a divergência.

Pelo exposto, OPINO por **ADMITIR** esta matéria, apenas através do **primeiro paradigma (Ac. nº 1103-00.630)**.

[...]

De acordo. Com base nas razões expostas, e tendo o recorrente comprovado parcialmente a divergência jurisprudencial, **DOU SEGUIMENTO PARCIAL** ao recurso especial (arts. 67 e 68 do Anexo II do Regimento Interno do CARF), nos termos acima propostos.

Os autos foram encaminhados à PGFN em 02/03/2021 (fl. 3912) e a Fazenda Nacional apresentou em 12/03/2021 (fl. 3921) tempestivas Contrarrazões de fls. 3913-3920, nas quais não se opõe ao conhecimento do apelo, e, no mérito, em síntese, requer a manutenção do acórdão recorrido por seus próprios fundamentos.

Em seguida, os autos foram submetidos a sorteio, cabendo-me o seu relato.

É o relatório.

## VOTO

Conselheiro **Fernando Brasil de Oliveira Pinto**, Relator.

## 1 CONHECIMENTO

Os recursos da Fazenda e da Contribuinte são tempestivos.

### 1.1 RECURSO ESPECIAL DA FAZENDA NACIONAL

O Recurso Especial da PGFN aponta divergência sobre a *“subsunção dos juros pagos aos artigos 22 e 23 da Lei nº 9.430/1996”* e sobre a *“necessidade de qualificação da multa de ofício”*.

O contribuinte opôs-se ao conhecimento de ambas as matérias, conforme os diversos argumentos expostos no relatório ao norte.

Passo a apreciá-los.

#### 1.1.1 SUBSUNÇÃO DOS JUROS PAGOS AOS ARTIGOS 22 E 23 DA LEI Nº 9.430/1996

O contribuinte alega que o recurso fazendário seria inepto, na medida em que a Fazenda Nacional *“qualificou o Recurso Especial com o número de processo administrativo de outro contribuinte, sem qualquer relação com os presentes autos”*, além de *“ao delimitar o escopo da sua insurgência, aduzir que seu recurso diz respeito apenas ao tema da multa qualificada, não obstante ter trazido razões também para a infração dos juros remetidos ao exterior”*.

Os argumentos não possuem força para impedir o conhecimento do apelo.

A simples menção a número de processo administrativo equivocado (*“de outro contribuinte, sem qualquer relação com os presentes autos”*) constitui mero erro material, quando se verifica que todo o teor da exposição feita no recurso diz respeito específica e exclusivamente ao caso concreto dos presentes autos, e que tal equívoco não interfere em absolutamente nada na compreensão das razões de recurso.

Da mesma forma, tampouco procede a segunda razão apontada, não sendo minimamente razoável, da leitura do seu inteiro teor, admitir-se que o recurso estaria limitado *“apenas ao tema da multa qualificada”*, quando resta evidente que a recorrente, além das *“razões [...] para a infração dos juros remetidos ao exterior”*, indicou também paradigma de divergência próprio para a referida matéria — tendo o contribuinte, inclusive, tecido as suas considerações quanto à imprestabilidade do mesmo para a configuração da divergência alegada, conforme exposto a seguir. Logo, é manifesta a improcedência do argumento.

O contribuinte sustenta que a divergência evidenciada *“por meio do acórdão paradigma nº 1302-00.834”* não seria quanto ao direito aplicável, mas sim quanto a questões de fato, insuscetíveis de serem analisadas pela CSRF, bem como demandaria o revolvimento de matéria probatória. Em síntese, a divergência estaria quanto à *“existência ou não/desqualificação do registro do empréstimo no BACEN, e não quanto à previsão do artigo 22 da Lei nº 9.430/1996”*.

O seguinte raciocínio, já exposto no relatório, e ora novamente reproduzido, sintetiza a argumentação do contribuinte:

- Segundo o **acórdão paradigma nº 1302-00.834**, a repactuação do empréstimo tomado pela Recorrida lastreado em Fixed Rate Notes, 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**. Por consectário, **a operação praticada pela Recorrida não estaria registrada no BACEN**, razão pela qual a dedutibilidade dos juros estaria sujeita ao limite previsto no artigo 22 da Lei nº 9.430/1996;
- Já no entendimento do **acórdão recorrido**, a repactuação do empréstimo tomado pela Recorrida, lastreado nos Fixed Rate Notes, estava contemplada no contrato devidamente registrado no BACEN. Como consequência, **havendo o registro no BACEN**, não há o que se falar na aplicação do limite previsto no artigo 22 da Lei nº 9.430/1996.

Conforme visto, estão em discussão os *mesmos fatos*, os *mesmos elementos de prova*, e os *mesmos dispositivos legais*, de sorte que não há que se falar, de forma alguma, em dissimilitude fática ou jurídica de qualquer espécie entre os casos.

Uma leitura, ainda que perfunctória, do inteiro teor do acórdão recorrido, *vis-à-vis* o acórdão paradigmático, evidencia, ademais, que a acusação fiscal é idêntica em ambos os casos, assim como é idêntica a própria defesa apresentada pelo contribuinte, em ambos os processos.

O que há, portanto, é uma efetiva divergência quanto aos requisitos que devem ser cumpridos para que se reconheça que determinado empréstimo entre pessoas vinculadas seja considerado de fato como devidamente registrado no BACEN, e, assim, não se submeta aos limites impostos pelo artigo 22 da Lei nº 9.430/1996 para fins de remessa de juros ao exterior.

Deve ficar claro que o recurso especial não visa a tomar por ocorridos fatos cuja existência o acórdão negou, nem tampouco a negar fatos que se tiveram por verificados. Pelo contrário, os fatos ocorridos devem ser incontroversos, sendo controversas somente as conclusões que desses fatos se pode extrair, em face da legislação aplicável.

São fatos incontroversos, no caso, os seguintes:

- em 1997, a contribuinte, como forma de captar recursos financeiros, emitiu Fixed Rate Notes (FRNs) em um único lote de US\$ 150.000.000, com vencimento em 22.07.2005, tendo esta operação sido registrada no Banco Central conforme Certificado de Registro nº 241/33955.
- neste registro junto ao Bacen (doc.3 da impugnação, fls. 1619-1623), a devedora é a Camargo Corrêa Industrial S/A, antiga razão social da contribuinte, e os credores são o Chase Manhattan International Ltd. e o Chase Trust Bank.
- com o advento da Carta Circular BACEN nº 2.985, de 28 de novembro de 2001, o BACEN realizou, em 2002, a migração dos Certificados de Registro emitidos em papel para o

sistema Siscomex, o que fez com que, ao Certificado de Registro nº 241/33955, passasse a corresponder o ROF (Registro de Operações Financeiras) nº SA008987 (doc. 5 da impugnação, fls. 1714-1725).

- antes do vencimento e necessário resgate das FRN's, que seria em 22.07.2005, a Cauê Finance (empresa subsidiária integral da contribuinte) adquiriu tais títulos, tendo sido acordada a prorrogação da data de vencimento, que passou a ser o dia 22.07.2035, conforme consta na Escritura de Fideicomisso Alterada e Consolidada apresentada (doc. 4 da impugnação, fls. 1624-1713).

- em 27.07.2005, a contribuinte promoveu o ROF (Registro de Operações Financeiras) TA345775 (doc. 6 da impugnação, fls. 1726-1737), o qual faz expressa menção ao ROF nº SA008987 como o "ROF DE ORIGEM" (v. fl. 1731), e no qual consta, entre outras informações, o novo prazo e vencimento acordados (360 meses / 22.07.2035).

É diante desses fatos que o voto vencido da decisão recorrida (em linha com o voto condutor da decisão paradigmática), concluiu, em síntese, que *o fato de não haver, nos registros efetuados junto ao Banco Central (em especial no último ROF nº SA008987, único apresentado após a aquisição dos títulos pela Cauê Finance) qualquer menção a esta empresa, ou quanto ao fato de que, a partir daquele momento, a credora do mútuo lastreado em FRN's era empresa ligada à contribuinte*, levaria à inexorável conclusão de que não havia o devido registro, no Bacen, do contrato de mútuo com pessoa jurídica vinculada, ao qual faz menção o art. 22 da Lei nº 9.430/96, o que sujeitaria a contribuinte ao limite previsto no *caput* deste artigo para a dedutibilidade dos juros pagos, e não a regra de exceção ("*safe harbour*") prevista no § 4º do mesmo dispositivo (dedutibilidade dos juros determinados com base na taxa registrada).

Conforme destacado no respectivo voto condutor do acórdão paradigmático, revela-se "*imprópria para tal a simples comunicação, a título de renovação, da mudança nas condições de pagamento*", tal como foi feita.

Ao passo que o voto vencedor da decisão recorrida (em linha com o quanto decidido no acórdão *a quo*), entendeu, em síntese, que, "*[e]stando o contrato originário registrado no BACEN*", e estando também a sua "*repactuação [...] devidamente informada ao BACEN com a realização de um Registro de Operações Financeiras – ROF*", não haveria razão para se aplicar o limite de dedutibilidade dos juros estabelecido pelo *caput* do art. 22 da Lei nº 9.430/96.

Veja-se, portanto, que não se está aqui diante de mera reavaliação do conjunto probatório, ou de discussão de matéria de fato, e não de direito, como alega a contribuinte em contrarrazões.

Pois os fatos, conforme dito, são incontestes. e as provas são as mesmas. Contudo, as conclusões são diversas.



Para o paradigma, seria imprescindível que, uma vez alterada a característica essencial do contrato (de captação por meio de oferta pública para empréstimo de subsidiária integral), esta circunstância fosse devidamente registrada no Banco Central do Brasil, a fim de satisfazer a exigência da lei tributária, conforme o seguinte excerto:

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.

Já o voto vencedor do acórdão recorrido, conforme visto, supera este entendimento, fazendo menção apenas à necessidade de registro do contrato originário no BACEN e de todas as suas repactuações, para que se considere satisfeita a exigência da lei tributária.

Assim, ratificando o quanto contido no Despacho de Admissibilidade de fls. 3037-3040, encaminho meu voto pelo CONHECIMENTO do Recurso Especial quanto a esta matéria.

#### 1.1.2 NECESSIDADE DE QUALIFICAÇÃO DA MULTA DE OFÍCIO

O contribuinte sustenta que o recurso não deve ser conhecido no ponto porque a suposta divergência ilustrada pelos acórdãos paradigma nº 9101-002.802 e nº 1101-000.899 estaria baseada em “*premissa equivocada*”, posto que a manutenção da multa qualificada naqueles casos “*decorreu da constatação pelas Turmas Julgadores da utilização de sociedades veículo, constituídas unicamente com fins fiscais, situações que foram expressamente afastadas no acórdão recorrido*”.

Noutro giro, alega que a decisão recorrida afastou a qualificação da multa de ofício diante da constatação de *inexistência de simulação ou fraude*, e que não é possível, em sede de Recurso Especial, rediscutir ou revalorar os fatos e provas contidas nos autos para concluir de forma diversa.

Pois bem.

Os acórdãos nº 9101-002.802 e nº 1101-000.899 são utilizados, de forma recorrente, como paradigmas de divergência com relação à aplicação da multa qualificada quando se trata de amortização de ágio mediante o uso de “empresa-veículo” para viabilizar a “transferência” do ágio, sendo em alguns casos aceitos, em outros não, a depender exatamente da configuração (ou não) da similitude fática entre os casos lá analisados e o de cada caso concreto.

Analisando o inteiro teor do acórdão paradigma nº 9101-002.802, verifica-se que este manteve a qualificação da multa fundado na artificialidade da chamada “*empresa veículo*” em contexto em que esta foi acusada de ter sido interposta para “*carrear um ágio para ser deduzido no Brasil*”, isto é, ali a acusação foi de que o ágio teria sido “*suportado pela empresa estrangeira*”, eis que esta transferiu os recursos para que a “*veículo*” brasileira adquirisse o investimento de

terceiros e gerasse o ágio no Brasil. Na acusação fiscal de caracterização de negócio fictício, a dita “*empresa veículo*”, meramente escritural, figurava como se fosse a verdadeira *compradora*.

Neste sentido, os seguintes excertos do voto condutor daquele acórdão:

Pois bem, entendo que a qualificação da multa de ofício é devida no presente processo pois, em que pesem todos os fatos terem sido registrados e contabilizados, sob o aspecto tributário, não se tem dúvida de que todo o planejamento visou alterar as características do fato gerador da obrigação tributária, de modo a reduzir o montante do imposto devido, nos termos do art. 72 da Lei nº 4.502, de 1964. Para tanto, conforme demonstrado nos autos, a **aquisição da PRODESMAQ S/A pela CCL INC (negócio real) foi dissimulada pela interposição de uma empresa meramente escritural, como se fosse a verdadeira compradora (negócio fictício), a qual somente serviu para viabilizar o mecanismo de transferência do ágio para a PRODESMAQ S/A, tanto que desapareceu em poucos dias.**

A artificialidade desse mecanismo é evidência suficiente, no meu entender, de uma simulação, conforme apontado pela fiscalização, pois **qual a razão de ser de uma empresa como a CCL PAR, sem qualquer atividade econômica, sem qualquer custo, sem qualquer dispêndio, a não ser carrear um ágio para ser deduzido no Brasil?**

Entendo que o argumento de que a CCL PAR não pode ser considerada como empresa veículo, porque possuía um propósito comercial, que era a introdução da CCL INC no mercado nacional, viabilizando a aquisição da PRODESMAQ S/A, não justifica o planejamento adotado porque o investimento dessa empresa estrangeira, no Brasil, poderia ter sido feito de forma direta, ou seja, pela aquisição direta da PRODESMAQ S/A, assim como ocorreu com a aquisição da CCL PAR. Ou seja, a PRODESMAQ S/A poderia, sim, ser essa centralizadora das atividades no Brasil.

Assim, **o único propósito da interposição da CCL PAR na aquisição da PRODESMAQ INC foi possibilitar que o ágio, o qual foi suportado pela empresa estrangeira, fosse transferido para a empresa adquirida.**

No caso presente, as empresas caracterizadas pela fiscalização como “*empresa-veículo*” ocuparam a posição de *vendedoras*, e não de *compradoras*. Ademais, não foram utilizadas com o objetivo de carrear, para o Brasil, um ágio que teria sido suportado por empresa estrangeira.

O ágio, no caso presente, foi suportado por empresa nacional (Camargo Correa S/A), que posteriormente o “*transferiu*” para a fiscalizada, mediante um aumento de capital operacionalizado com a transferência para esta da titularidade das ações das referidas empresas caracterizadas como “*veículo*” (Gaby1, Gaby2, e Gaby3), conforme evidencia o seguinte excerto do relatório da fiscalização, reproduzido no relatório do presente acórdão, aqui ao norte:

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.

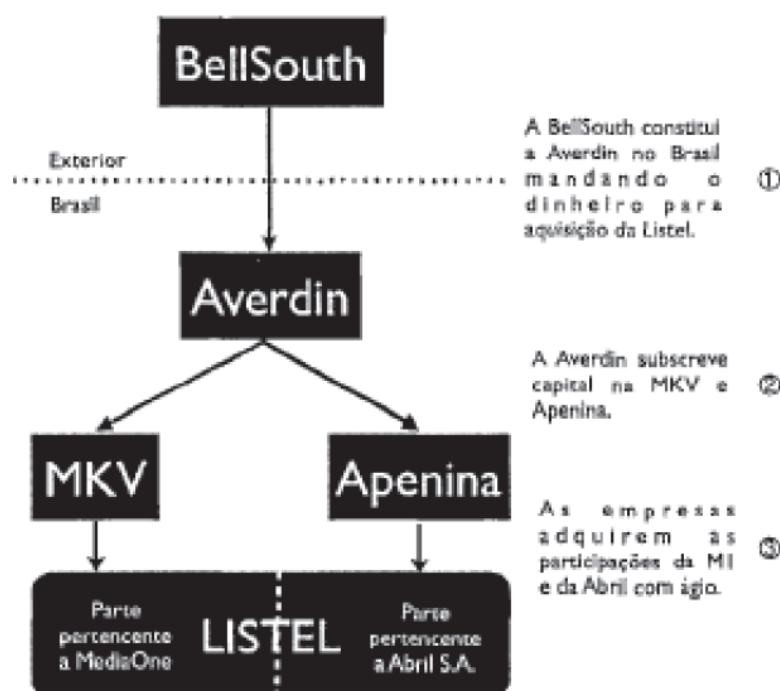
São bastante distintos os casos, portanto, entre si, o que impede a configuração da divergência suscitada. Não é possível afirmar que a mesma solução adotada no caso paradigmático seria também aplicada ao caso presente.

Analisando agora o inteiro teor do acórdão paradigma nº 1101-000.899, verifica-se que este manteve a qualificação da multa em cenário em que, à semelhança do primeiro paradigma, os recursos para a aquisição *também foram provenientes do exterior*. Ainda que a qualificação da multa, naquele caso, não esteja vinculada a este fato (diferentemente do que se dá no acórdão paradigma nº 9101-002.802), de todo modo evidencia-se, já aí, uma dissimilitude entre aquele caso e o presente.

A dissimilitude mais relevante entre os casos, contudo, está no fato de que, no caso paradigmático, as empresas caracterizadas pela fiscalização como “*empresa-veículo*” foram criadas para *receber os recursos da “real adquirente” brasileira*, com os quais seria feita a aquisição com ágio.

Foi diante dessa configuração fática específica daquele caso, muito dessemelhante do presente, que o colegiado que prolatou a decisão paradigmática entendeu que estaria caracterizada a prática de *negócio jurídico fictício*, por meio da tentativa de “*construir um cenário que se assemelhasse à hipótese legal que autoriza a amortização do ágio pago na aquisição de investimentos*”, e, nesses termos, manteve a multa qualificada.

Neste sentido, reproduzo a seguir a estrutura analisada em tal precedente, bem assim excertos do voto vencedor daquele julgado:



[...] com os recursos aportados por AVERDIN, as empresas veículo APENINA e MKV realizam a operação que gera o ágio aqui amortizado, após a extinção, apenas, de APENINA e MKV, incorporadas pela autuada. A **investidora original, AVERDIN**, que efetivamente adquiriu a LISTEL, subsistiu ativa e, inclusive, mantendo em seu patrimônio o investimento feito na LISTEL, por seu valor majorado pelo ágio pago.

[...]

Em tais condições, a amortização do ágio que passou a existir no patrimônio da investida, LISTEL, somente poderia surtir efeitos na apuração do seu lucro real caso se verificasse a extinção da investidora original (AVERDIN), mediante incorporação, fusão ou cisão entre elas promovida, por meio da qual o ágio subsistisse evidenciado apenas no patrimônio resultante desta operação, na forma do art. 7º da Lei nº 9.532/97.

[...]

Observe, ainda, que a autoridade lançadora aplicou multa qualificada, por entender que o **negócio jurídico praticado foi fictício, montado apenas para gerar uma vultosa exclusão do Lucro Real**. E, embora a oposição feita ao laudo não mereça prosperar, os fatos descritos demonstram que a APENINA e a MKV foram criadas apenas para receber em 01/06/99 o capital aplicado na aquisição da LISTEL, a qual migrou do controle indireto exercido pela AVERDIN para o controle direto desta após as incorporações que deram ensejo à amortização do ágio aqui em debate. Nas palavras da Fiscalização, a incorporação da ALIENA e da APENINA pela LISTEL não alterou a composição do capital social da incorporadora, já que as participações daquelas duas no capital da LISTEL eram seus únicos

ativos. Conclui-se, daí, que a criação da APENINA e da MKV teve por objetivo, apenas, construir um cenário que se assemelhasse à hipótese legal que autoriza a amortização do ágio pago na aquisição de investimentos, circunstância que, infringe os incisos II e IV do art. 1º e o inciso I do art. 2º da Lei nº 8.137/90; bem como o art. 72 da Lei nº 4.502/64.

Assim, a multa qualificada deve subsistir.

Uma vez mais, são bastante distintos os casos entre si, portanto, o que impede a configuração da divergência suscitada. Não é possível afirmar que a mesma solução adotada no caso paradigmático seria também aplicada ao caso presente.

Pelo exposto, encaminho meu voto pelo NÃO CONHECIMENTO do Recurso Especial quanto a esta matéria.

## 1.2 RECURSO ESPECIAL DO CONTRIBUINTE

O Recurso Especial do Contribuinte foi admitido com relação à matéria *“possibilidade de dedução da despesa com amortização de ágio da base de cálculo da CSLL”*, em face dos paradigmas acórdãos nº 1103-00.630 e nº 107-07.315.

A Fazenda Nacional não se opôs ao conhecimento do apelo.

Entretanto, reputo que, para bem cumprir o previsto no art. 67 do Anexo II do RICARF, há que se debruçar sobre o tema apresentado e a suposta divergência jurisprudencial que o qualificariam para o conhecimento por este Colegiado.

Este colegiado vem entendendo que, nas circunstâncias ora em debate, o paradigma somente pode ser admitido como formador de dissídio jurisprudencial caso o acórdão paradigmático seja taxativo no sentido de que a amortização de ágio seria sempre dedutível da base de cálculo da CSLL, *sem que o lançamento de IRPJ tenha sido cancelado por entender-se dedutível a amortização de ágio*.

Nesse sentido, no Acórdão nº 9101-006.049<sup>1</sup> (04/04/2022) – cujo voto vencedor foi de lavra da ilustre Conselheira Edeli Pereira Bessa – não se admitiu o primeiro Acórdão paradigma colacionado pelo ora Recorrente, Acórdão nº 1103-00.630. Confira-se passagem do voto condutor do referido aresto:

Nos termos expostos pelo I. Relator, caberia a apreciação da exigência de CSLL porque lançada como reflexo do IRPJ, e isto, de fato, está aqui afirmado nas

<sup>1</sup> Participaram do julgamento os conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia De Carli Germano, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Alexandre Evaristo Pinto, Gustavo Guimarães da Fonseca e Andrea Duek Simantob.

Dispositivo da decisão: *“Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer parcialmente do Recurso Especial, apenas em relação à matéria utilização de empresa veículo”, vencidos os conselheiros Luis Henrique Marotti Toselli (relator) e Alexandre Evaristo Pinto que conheciam parcialmente em maior extensão, também em relação à matéria amortização de ágio na base de cálculo da CSLL [...]”*

razões de conhecimento da primeira matéria. Contudo, a pretensão da Contribuinte, nesta terceira matéria, é constituir dissídio jurisprudencial de forma autônoma, de modo a afastar a exigência de CSLL ainda que mantido o lançamento em relação ao IRPJ, [...]

Quanto ao paradigma nº 1103-00.630, embora ali também se tratasse de amortização fiscal do ágio na forma dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, e seu voto condutor traga argumentos contrários à indedutibilidade das amortizações no âmbito da CSLL, importa observar que naqueles autos foi dado provimento integral ao recurso voluntário, afirmando-se o não cabimento da glosa não só na base da CSLL, como também do IRPJ. Assim, o outro Colegiado do CARF decidiu a questão sob circunstâncias distintas daquelas que a Contribuinte quer ver prevalecer nestes autos, qual seja, que a exigência de CSLL seja cancelada ainda que afirmada a indedutibilidade no âmbito do IRPJ. O exame do paradigma evidencia não ser possível cogitar se a mesma decisão seria adotada caso aquele Colegiado reconhecesse a indedutibilidade das amortizações no âmbito do IRPJ.

Tal entendimento repetiu-se no julgamento dos Acórdãos nº 9101-006.454<sup>2</sup> (sessão de 01/02/2023) e nº 9101-006.463<sup>3</sup> (sessão de 02/02/2023).

No presente caso, as glosas no âmbito do IRPJ subsistem válidas em razão de o evento de incorporação do patrimônio *não ter envolvido a investidora originária ou “real investidora” e a investida*, e de *o fundamento econômico do ágio não ter sido a rentabilidade futura da empresa adquirida*. de modo que tal circunstância subsiste como diferencial em face do paradigma nº 1103-00.630, no qual as glosas não foram declaradas indevidas na base de cálculo da CSLL de forma autônoma, mas sim em contexto no qual foram invalidadas, também, no âmbito do IRPJ.

No caso do segundo paradigma indicado pela Recorrente (Acórdão nº 107-07.315), depreende da leitura do seu inteiro teor que este trata de lançamento exclusivamente de CSLL, decorrente da exigência de adição ao lucro líquido de amortizações de ágio que foram adicionadas ao lucro real, porque referentes a investimento *mantido no patrimônio da investidora*.

Ou seja, frente à observância, no âmbito de IRPJ, de regra que busca neutralizar as amortizações de ágio, postergando seus efeitos para o momento da liquidação do investimento, exigiu-se do sujeito passivo que a mesma providência fosse adotada no âmbito da CSLL, e a antiga 7ª Câmara do 1º Conselho de Contribuintes, na ocasião, afirmou inexistir norma legal que assim determinasse.

<sup>2</sup> Participaram do julgamento os conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia De Carli Germano, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Luis Henrique Marotti Toselli, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Alexandre Evaristo Pinto, Gustavo Guimarães da Fonseca e Fernando Brasil de Oliveira Pinto (Presidente).

<sup>3</sup> Participaram do julgamento os conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia De Carli Germano, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Luis Henrique Marotti Toselli, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Alexandre Evaristo Pinto, Gustavo Guimarães da Fonseca e Fernando Brasil de Oliveira Pinto (Presidente).

Não há nada, portanto, no referido julgado, que permita concluir que a mesma solução seria dada na hipótese em que a amortização do ágio se mostre indedutível por ausência de confusão patrimonial entre investida e investidora, quando da operação de incorporação ocorrida, como é o caso dos presentes autos. Conforme dito, naquele caso paradigmático tratava-se de investimento *mantido no patrimônio da investidora*, e não de discussão acerca do tratamento do ágio nos casos de incorporação, fusão ou cisão, em face das regras dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97.

Quanto a este segundo paradigma, o Acórdão nº 9101-006.484 (07/03/2023) – cujo voto vencedor foi de lavra da ilustre Conselheira Edeli Pereira Bessa – este colegiado também já teve oportunidade de se manifestar, apontando a semelhança entre ele e o Acórdão nº 9101-002.31 (outro paradigma recorrentemente utilizado nessas circunstâncias, e consistentemente rejeitado pelas mesmas razões). Confira-se passagem do voto condutor do referido aresto:

Já com respeito ao paradigma nº 107-07.315, trata-se ali de litígio semelhante ao decidido no paradigma nº 9101-002.310 – falta de adição à base de cálculo da CSLL de amortização de ágio adicionada ao lucro real – de modo que também não há aqui *a observância, no âmbito de IRPJ, da adição determinada pela legislação, da qual decorre a discussão acerca da necessidade de uma determinação legal específica no âmbito da CSLL*.

Diante de cenários fáticos e jurídicos distintos, a divergência jurisprudencial não se estabelece.

Pelo exposto, encaminho meu voto pelo NÃO CONHECIMENTO do Recurso Especial do Contribuinte quanto a esta matéria.

### 1.3 RESUMO QUANTO AO CONHECIMENTO

Desse modo, encaminho meu voto por CONHECER PARCIALMENTE do Recurso Especial da Fazenda Nacional, apenas em relação à matéria “*Subsunção dos juros pagos aos artigos 22 e 23 da Lei nº 9.430/1996*”, e por NÃO CONHECER do Recurso Especial do Contribuinte.

## 2 MÉRITO

### 2.1 SUBSUNÇÃO DOS JUROS PAGOS AOS ARTIGOS 22 E 23 DA LEI Nº 9.430/1996

Retomo novamente uma síntese dos fatos, já adequadamente relatados aqui ao norte:

- em 1997, a contribuinte, como forma de captar recursos financeiros, emitiu Fixed Rate Notes (FRNs) em um único lote de US\$ 150.000.000, com vencimento em 22.07.2005, tendo esta operação sido registrada no Banco Central conforme Certificado de Registro nº 241/33955.



- neste registro junto ao Bacen (doc.3 da impugnação, fls. 1619-1623), a devedora é a Camargo Corrêa Industrial S/A, antiga razão social da contribuinte, e os credores são o Chase Manhattan International Ltd. e o Chase Trust Bank.

- com o advento da Carta Circular BACEN nº 2.985, de 28 de novembro de 2001, o BACEN realizou, em 2002, a migração dos Certificados de Registro emitidos em papel para o sistema Siscomex, o que fez com que, ao Certificado de Registro nº 241/33955, passasse a corresponder o ROF (Registro de Operações Financeiras) nº SA008987 (doc. 5 da impugnação, fls. 1714-1725).

- antes do vencimento e necessário resgate das FRN's, que seria em 22.07.2005, a Cauê Finance (empresa subsidiária integral da contribuinte) adquiriu tais títulos, tendo sido acordada a prorrogação da data de vencimento, que passou a ser o dia 22.07.2035, conforme consta na Escritura de Fideicomisso Alterada e Consolidada apresentada (doc. 4 da impugnação, fls. 1624-1713).

- em 27.07.2005, a contribuinte promoveu o ROF (Registro de Operações Financeiras) TA345775 (doc. 6 da impugnação, fls. 1726-1737), o qual faz expressa menção ao ROF nº SA008987 como o "ROF DE ORIGEM" (v. fl. 1731), e no qual consta, entre outras informações, o novo prazo e vencimento acordados (360 meses / 22.07.2035).

Pois bem, participei do julgamento do acórdão recorrido, acompanhando a maioria do colegiado no sentido de ratificar a decisão de primeira instância que já havia cancelado a exigência. E não vejo razões para alterar o entendimento lá firmado, razão pela qual, autorização do disposto no inciso I, do § 12 do art. 114 do atual RICARF, adoto como razões de decidir os fundamentos do voto vencedor do acórdão recorrido, de lavra do Conselheiro Carlos Augusto Daniel Neto, a seguir reproduzidos:

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 pelo 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. [grifos do acórdão recorrido]

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. [destaques do acórdão recorrido]

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 nº 241/33955 (doc. 03), descrevendo todas as suas particularidades.

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

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

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

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

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

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

Pelo exposto, voto por NEGAR PROVIMENTO ao Recurso Especial da Fazenda Nacional quanto ao ponto.

---

### 3 CONCLUSÃO

---

Por todo o exposto, voto por CONHECER PARCIALMENTE do Recurso Especial da Fazenda Nacional, apenas quanto à matéria “*subsunção dos juros pagos aos artigos 22 e 23 da Lei nº 9.430/1996*”, e, no mérito, NEGAR-LHE PROVIMENTO, e por NÃO CONHECER do Recurso Especial do Contribuinte.

*Assinado Digitalmente*

**Fernando Brasil de Oliveira Pinto**