



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 16682.721096/2020-11
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1302-007.010 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 22 de fevereiro de 2024
Recorrente OCYAN S.A.
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2015, 2016

DECADÊNCIA. CONTAGEM DO PRAZO. LANÇAMENTO DE MULTA ISOLADA POR FALTA OU INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVA. SÚMULA CARF Nº 104 (VINCULANTE)

O lançamento de multa isolada por falta ou insuficiência de recolhimento de estimativa de IRPJ ou de CSLL submete-se ao prazo decadencial previsto no art. 173, inciso I, do CTN.

MULTA ISOLADA. FALTA DE RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVAS. PERÍODO ENCERRADO. NÃO APLICABILIDADE.

A multa isolada reporta-se ao descumprimento de fato jurídico de antecipação, o qual está relacionada ao descumprimento de obrigação principal. O tributo devido pelo contribuinte surge quando o lucro real é apurado em 31 de dezembro de cada ano. Improcede a aplicação de penalidade isolada quando se verifica existência de prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa da CSLL ao final do período.

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

Ano-calendário: 2015, 2016

REESTRUTURAÇÃO SOCIETÁRIA. ÁGIO TRANSFERIDO. INVESTIMENTO POR EMPRESA VEÍCULO. POSSIBILIDADE DE AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO

Não encontra respaldo na legislação a tese de que, em qualquer circunstância, deve ser considerada “real investidora” a pessoa jurídica do grupo de quem se originaram os recursos financeiros utilizados na aquisição. Não havendo norma dispondo de forma diferente, é de se considerar como “real adquirente”, em um negócio de compra e venda, a pessoa que recebe o bem em troca do pagamento do preço. A requalificação dos negócios jurídicos sem vícios ou patologias, exclusivamente sob acusação de “planejamento abusivo”, baseada em ausência “razões não tributárias” para a escolha de uma estrutura em lugar de outra que resultaria em maior tributação, não encontra respaldo quer na base legal indicada no auto de infração em questão, quer no próprio ordenamento jurídico tributário brasileiro atualmente em vigor.

CSSL - LANÇAMENTO DECORRENTE

Decorrendo a exigência da mesma imputação que fundamentou o lançamento do IRPJ, deve ser adotada, no mérito, a mesma decisão proferida para o Imposto de Renda, desde que não presentes arguições específicas ou elementos de prova novos.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar de decadência, e, no mérito, por maioria de votos, em dar provimento ao recurso voluntário quanto à dedutibilidade da amortização do ágio, para cancelar a exigência fiscal, nos termos do relatório e voto do relator, vencido o Conselheiro Paulo Henrique Silva Figueiredo que votou por negar provimento ao recurso, quanto a tal matéria. O conselheiro Wilson Kazumi Nakayama votou pelas conclusões do relator quanto à contemporaneidade do documento de justificação do ágio.

(documento assinado digitalmente)

Paulo Henrique Silva Figueiredo - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Heldo Jorge dos Santos Pereira Junior - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Wilson Kazumi Nakayama, Maria Angelica Echer Ferreira Feijo, Marcelo Oliveira, Savio Salomao de Almeida Nobrega, Heldo Jorge dos Santos Pereira Junior, Paulo Henrique Silva Figueiredo (Presidente)

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário oferecido pela OCYAN S.A. em face do Acórdão 107-007.878,d a 6ª Turma da DRJ07 (Fls 865 a 921) que negou provimento à impugnação da ora Recorrente para manter íntegro o lançamento de multas isoladas nos valores de R\$ 626.390,83 e de R\$ 224.420,70 e o ajuste (redução) do prejuízo fiscal e das bases negativas de CSLL no montante de R\$ 22.046.951,86, nos anos calendários de 2015 e 2016, respectivamente.

Assim ficou ementado o referido Acórdão:

“ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2015, 2016

DECISÕES ADMINISTRATIVAS. EFEITOS.

As decisões administrativas proferidas pelo Conselho de Recursos Administrativos Fiscais e pela Câmara Superior de Recursos Fiscais não vinculam as instâncias julgadoras, restringindo-se às matérias e às partes envolvidas no litúgio.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2015, 2016

DECADÊNCIA. CONTAGEM DO PRAZO. LANÇAMENTO DE MULTA ISOLADA POR FALTA OU INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVA. SÚMULA CARF Nº 104 (VINCULANTE)

O lançamento de multa isolada por falta ou insuficiência de recolhimento de estimativa de IRPJ ou de CSLL submete-se ao prazo decadencial previsto no art. 173, inciso I, do CTN.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2015, 2016

REESTRUTURAÇÃO SOCIETÁRIA. ÁGIO TRANSFERIDO. INVESTIMENTO POR EMPRESA VEÍCULO. SUBSISTÊNCIA DO INVESTIMENTO NO PATRIMÔNIO DA INVESTIDORA ORIGINAL. AMORTIZAÇÃO INDEVIDA DO ÁGIO.

O direito à contabilização do ágio não pode ser confundido com o direito à sua amortização. Em regra, o ágio efetivamente pago - em operação entre empresas não ligadas e calcadas em laudo que comprove a expectativa de rentabilidade futura - deve compor o custo do investimento, sendo dedutível somente no momento da alienação de tal investimento (inteligência do art. 426 do RIR/99). A exceção trazida pelos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 pressupõe uma efetiva reestruturação societária na qual a investidora absorve parcela do patrimônio da investida, ou vice-versa. Inexistindo extinção do investimento mediante reestruturação societária entre investida e a real investidora, não há que se falar em amortização do ágio, não se admitindo sua transferência para terceiros para que estes usufruam de tais despesas.

MULTA ISOLADA. FALTA DE RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVA.

Constatada a falta ou a insuficiência de recolhimento mensal por estimativa, é devido o lançamento de multa exigida isoladamente.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL

Ano-calendário: 2015, 2016

CSLL. LANÇAMENTO DECORRENTE.

Decorrendo a exigência da mesma imputação que fundamentou o lançamento do IRPJ, deve ser adotada, no mérito, a mesma decisão proferida para o Imposto de Renda, desde que não presentes arguições específicas ou elementos de prova novos.

MULTA ISOLADA. FALTA DE RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVA.

Constatada a falta ou a insuficiência de recolhimento mensal por estimativa, é devido o lançamento de multa exigida isoladamente.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido”

Descrição sumarizada dos fatos:

- (i) O ágio foi gerado quando GIF SAMBAÍBA PARTICIPAÇÕES S/A (GIF SAMBAÍBA) adquiriu 5% das ações da OOG em 14/11/2011, tendo como fundamento a rentabilidade futura, justificada por negociação entre as empresas, que teve como base o valor econômico apresentado por um laudo elaborado pela empresa APSIS;
- (ii) O laudo apontou que o valor de 5% da OOG correspondia a R\$ 367.822.000,00, em 30/09/11;
- (iii) GIF SAMBAÍBA foi criada em 21/09/2010, com denominação inicial de Bronson RJ Participações (BRONSON);
- (iv) As ações da BRONSON eram de propriedade de Eduardo Duarte e Simone Bürck Silva, que seriam donos de outras 1278 empresas, e que transferiam as suas ações para o GIF IV Fundo de Investimento em Participações Multiestratégia (GIF IV), este último criado em 05/01/2011;
- (v) Em 11/10/2011 GIF IV resolve aumentar o capital da GIF SAMBAÍBA de R\$ 800,00 para R\$ 310.100.800,00, totalmente integralizado em 14/10/2011.
- (vi) Em 14/10/2011, R\$ 309.120.00,00 foi transferido para a OOG, para aumento de capital por parte da GIF SAMBAÍBA.
- (vii) GIF SAMBAÍBA desdobrou o custo de aquisição, conforme determinam o regramento contábil e fiscal, entre custo de aquisição (R\$ PL de R\$ 1.773.009.629,00 x 5%) e ágio de R\$ 220.468.519,00.
- (viii) Em 14/10/2011 foi celebrado acordo de acionista no qual a GIF SAMBAÍBA teve garantido o direito de indicar um dos doze membros do Conselho de Administração da OOG;
- (ix) Em 31/12/2012, um ano e dois meses depois da aquisição das ações, GIF SAMBAÍBA foi incorporada pela sua investida OOG.

Cabe destacar que o processo fiscalizatório que originou a presente lide administrativa, conforme o próprio TVF (fls 645/670) “*foi precedida de outro procedimento de fiscalização (TDPF nº 0718500.2018.00112) que teve como objeto verificar a prática da infração caracterizada pela não adição ao Lucro Real e à base de cálculo da CSLL de despesa indedutível de amortização de ágio decorrente da aquisição de 5% da Odebrecht Óleo e Gás S/A*”

– OOG (atualmente com a denominação social de Ocyan S/A, conforme Assembleia Geral Extraordinária realizada em 09 de janeiro de 2019) pela GIF Sambaíba Participações S/A - GIF SAMBAÍBA, o que deu origem à lavratura de auto de infração formalizado no processo administrativo 16682.720277/2019-89 (relativo aos anos-calendário de 2013 e 2014).”

E mais, “Tendo em vista que a fiscalizada reincidiu na infração nos anos-calendário de 2015 e 2016 e que a despesa indedutível tem a mesma origem, neste procedimento fiscal foram utilizados todos os documentos, livros, esclarecimentos e informações acostados naquele processo, bem como novos dados colhidos no presente procedimento fiscal, a fim de lastrear a constituição do crédito tributário. Por esta razão, os termos lavrados e os documentos obtidos no curso do mencionado procedimento que guardam pertinência com o ágio na aquisição da participação em OOG pela GIF SAMBAÍBA (doc. 1 a 9.1) foram inseridos no processo fiscal que formaliza este auto de infração, fato que foi informado ao contribuinte no Termo de Início de Ação Fiscal. Posteriormente, quando da lavratura do Termo de Intimação n.º 5 e do Termo de Reintimação, foi dado prazo ao contribuinte para apresentar novos elementos, se fosse do seu interesse. Em resposta, a fiscalizada informou não ter interesse em apresentar outros documentos além dos já apresentados.”.

Dos Argumentos para o Lançamento:

A justificar a indedutibilidade das despesas de amortização do ágio, a autoridade fiscal alega (i) falta de contemporaneidade do laudo, já que o mesmo teria sido produzido em momento posterior, ao passo que entende ser necessário que este documento seja formalizado para fundamentar o preço a ser pago, e não o preço que se pagou, (ii) que o real investidor na OOG teria sido o GIF IV (Fundo de Investimento) e não a GIF SAMBAÍBA. Portanto, não haveria a configuração de “confusão patrimonial” para fins de tornar a amortização do ágio dedutível – a Incorporação foi da GIF SAMBAÍBA e não do GIF IV; (iii) GIF IV “recorreu-se a uma empresa veículo (não constituída de fato), sem qualquer atividade operacional, adquirida e interposta na operação como mera figura decorativa, tão-somente para carrear o ágio para outra pessoa jurídica. Esta, sim, na qualidade de empresa operante (constituída de fato e de direito), e efetivamente interessada em forçar o surgimento do “ágio fiscal” e extrair vantagens tributárias mediante reorganização societária”.

Em decorrência da alegada indedutibilidade do ágio acima comentada, a fiscalização lançou multa isolada sobre a “diferença entre a estimativa calculada pelo contribuinte e a estimativa ajustada” (Lei n.º 9.430/1996, art. 44, § 1º, inciso IV).

Dos Argumentos da Impugnação

Alegou o ora Recorrente em preliminar que “na data da lavratura dos autos de infração o direito de a fazenda pública exigir multa isolada relativa a insuficiência de recolhimentos de estimativas de março de 2015 já estava extinto”, pois da ciência do auto de infração ocorreu em 30.10.2020 (fls 699).

No mérito que (i) a legislação não exige laudo de avaliação, bastando demonstrativo dos cálculos utilizados para chegar a essa conclusão, (ii) A Ata da “AGE (fls 260/275), pois arquivada, em 15/10/2011, na Junta Comercial do Estado do Rio de Janeiro, o preço das referidas ações foi fixado unicamente com base na perspectiva de rentabilidade da Companhia (...), (iii) na lei não existe vedação de aproveitamento de ágio por “empresa veículo”, (iv) a utilização da GIF SAMBAÍBA atende a programa de colocação primária de ações (private

placement programs), revestida de sólidos propósitos negociais, dessa forma, (v) há confusão patrimonial, porquanto a empresa adquirente foi a GIF SAMBAÍBA.

Em sua peça recursal, a Recorrente alega, em apertada síntese: (i) falta de similitude do acordão utilizado pelo voto condutor com o caso em concreto (ii) a fundamentação do ágio foi baseada em demonstração na forma do §3º, do art. 20, do Decreto-Lei 1.598/77, e contemporâneo à aquisição do investimento (iii) a GIF SAMBAÍBA era revestida de propósito negocial, repisando o argumento da impugnação, e (iv) sendo a GIF SAMBAÍBA a sociedade que efetivamente adquiriu a OOG, e nela sendo incorporada houve “confusão patrimonial”, a fim de serem materializada a hipótese de dedutibilidade do ágio.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Heldo Jorge dos Santos Pereira Junior, Relator.

ADMISSIBILIDADE

A Recorrente tomou ciência do Acórdão ora atacado em 05/05/2021, tendo protocolado o presente Recurso Voluntário em 04/06/2021. Portanto, tempestivo o Recurso. Adicionalmente, atendido os demais requisitos para a admissibilidade, dele tomo conhecimento.

PRELIMINAR

Com relação à alegação da Recorrente de verificação da decadência aplicável às multas isolada sobre as antecipações não recolhidas, aplica-se a Súmula CARF n.º 104. *In Verbis*:

SÚMULA CARF n.º 104:

Lançamento de multa isolada por falta ou insuficiência de recolhimento de estimativa de IRPJ ou de CSLL submete-se ao prazo decadencial previsto no art. 173, inciso I, do CTN.

Portanto, não acolhe razão à Recorrente quanto ao questionamento de decadência. Os períodos fiscalizados foram os anos de 2015 e 2016, e ciência do auto de infração em 31/10/2020.

O mérito será discutido no tópico próprio, a seguir.

MÉRITO

a) Da Dedutibilidade da Amortização do Ágio

Cabe inicialmente destacar que o presente caso é igualmente discutido no processo 16682.720277/2019-89 (relativo aos exercícios 2013 e 2014), cuja relatoria também coube a este Relator.

Naquele processo, assim foi decidido por esta Turma – Acórdão 1302-006.875:

“ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA (IRPJ) Ano-calendário: 2014

EMPRESA VEÍCULO. POSSIBILIDADE. MANUTENÇÃO DA DEDUTIBILIDADE DO ÁGIO

A utilização de empresa veículo que viabilize o aproveitamento do ágio, por si só, não desfigura a operação e invalida a dedução do ágio, se não restar comprovada a prática de atos simulados e/ou dissimulados pelo contribuinte.

PROVA DO FUNDAMENTO DE ÁGIO RENTABILIDADE FUTURA.

Exegese do §3º, do art. 385, do RIR/99, antes da vigência da Lei 12.973/14, não exige laudo para fins de comprovação do lançamento do ágio contabilizado com fundamento de rentabilidade futura. No caso, há elementos que permitem a conclusão da motivação indicada.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em dar provimento ao recurso voluntário, nos termos do relatório e voto do relator, vencido o Conselheiro Paulo Henrique Silva Figueiredo que votou por negar provimento ao recurso. O conselheiro Wilson Kazumi Nakayama votou pelas conclusões do relator quanto à contemporaneidade do documento de justificação do ágio.”

Assim, com vistas a economia processual, adotam-se as mesmas razões ora transcritas no presente caso, com as adaptações pertinentes. Além disso, como o auditor fiscal utilizou-se dos mesmos documentos acostados naquele processo¹ (fls 2 do TVF), igualmente o farei quando necessário mencioná-los.

a1.) Da Necessidade de Laudo e da sua Contemporaneidade

Um ponto basilar que justificou o auto de infração e também a decisão da DRJ está na necessidade de um laudo de avaliação a justificar a aquisição do investimento que gerou a contabilização de um ágio por rentabilidade futura, cuja existência deveria ser anterior ao evento aquisitivo.

A apuração de ágio em aquisição de investimentos há muito se encontra na legislação de regência. Permito-me, nesse momento, retroceder um pouco no tempo, porque ao longo das mais recentes decisões proferidas no âmbito administrativo, acabaram por entender que um laudo deveria ser o único instrumento a validar o motivo da alocação do ágio em

¹ "Tendo em vista que a fiscalizada reincidiu na infração nos anos-calendário de 2015 e 2016 e que a despesa ineditável tem a mesma origem, neste procedimento fiscal foram utilizados todos os documentos, livros, esclarecimentos e informações acostados naquele processo, bem como novos dados colhidos no presente procedimento fiscal, a fim de lastrear a constituição do crédito tributário. Por esta razão, os termos lavrados e os documentos obtidos no curso do mencionado procedimento que guardam pertinência com o ágio na aquisição da participação em OOG pela GIF SAMBAÍBA (doc. 1 a 9.1) foram inseridos no processo fiscal que formaliza este auto de infração, fato que foi informado ao contribuinte no Termo de Início de Ação Fiscal."

determinada categoria, e que referido documento somente poderia ser produzido antes da realização do investimento. Há casos em que se discutiu se o laudo seria contemporâneo ao “signing”, ou “closing”, ou, por dedução lógica, deveria ser produzido anterior à decisão do investimento.

Retrocedendo um pouco na história, a contabilização do ágio encontrava a sua origem (para fins tributários) no artigo 249 do Decreto n.º 85.450/80 (denominado RIR/80), replicado sem alteração no art. 385 do Decreto n.º 3.000/99 – RIR/99, este último que revogou o Decreto 84.450/80. Ambos tinham como base legal o art. 20, do Decreto Lei n.º 1.598/77.

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

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

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

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

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

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

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

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

§ 3º O lançamento com os fundamentos de que tratam os incisos I e II do parágrafo anterior deverá ser baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração.

A diferença acontece quando da alteração da forma do tratamento da amortização e cômputo do ágio para fins fiscais. No RIR/80, não havia a possibilidade de uso da amortização do ágio por rentabilidade futura, mas apenas o seu cômputo quando da alienação ou liquidação da investida que teria originado o ágio. Vejamos:

Amortização do Ágio ou Deságio

Art. 264. As contrapartidas da amortização do ágio ou deságio de que trata o art. 259 não serão computadas na determinação do lucro real, ressalvado o disposto no art. 323 (Decreto-Lei n.º 1.598/1977, art. 25, e Decreto-Lei n.º 1.730/1979, art. 1º, III).

§ 1º Até o exercício financeiro 1980, o ágio ou deságio na aquisição da participação, cujo fundamento tenha sido a diferença entre o valor de mercado e o valor contábil dos bens do ativo da coligada ou controlada (art. 259, § 2º, a), deverá ser amortizado no exercício social em que os bens que o justificaram tenham sido baixados por alienação ou perecimento, ou nos exercícios sociais em que seu valor tenha sido realizado por

depreciação, amortização ou exaustão (Decreto-Lei nº 1.598/1977, art. 25, e Decreto-Lei nº 1.730/1979, arts. 1º, III, e 8º).

§ 2º A contrapartida da amortização do ágio ou deságio nos termos do parágrafo anterior somente será computada na determinação do lucro real pela diferença entre o montante da amortização e o da participação do contribuinte (Decreto-Lei nº 1.598/1977, art. 25, § 1º):

a) no resultado realizado pela coligada ou controlada na alienação ou baixa dos bens do ativo cujo valor tenha constituído o fundamento econômico do ágio ou deságio; ou b) no valor realizado pela coligada ou controlada na depreciação, amortização ou exaustão desses bens.

§ 3º Concomitantemente com a amortização, na escrituração comercial, do ágio ou deságio a que se refere este artigo será mantido controle, no Livro de Apuração do Lucro Real, para efeito de determinação do ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação do investimento (art. 323).

...

Art. 323. O valor contábil, para efeito de determinar o ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação do investimento em coligada ou controlada avaliado pelo valor de patrimônio líquido (art. 258), será a soma algébrica dos seguintes valores (Decreto-Lei nº 1.598/1977, art. 33, e Decreto-Lei nº 1.730/1979, art. 1º, V):

I - valor de patrimônio líquido pelo qual o investimento estiver registrado na contabilidade do contribuinte;

II - ágio ou deságio na aquisição do investimento, ainda que tenha sido amortizado na escrituração comercial do contribuinte, excluídos os computados, nos exercícios financeiros de 1979 e 1980, na determinação do lucro real;"

Com a edição da Lei 9.532/97 (conversão da MP 1.602/97), o que se processou foi o que se pode denominar de flexibilização² de dedutibilidade do ágio, permitindo que a dedução das amortizações se desse em eventos subsequentes de incorporação, fusão ou cisão entre a investida e a investidora (ou vice-versa).

O assunto ágio em investimentos também não havia passado despercebido da Comissão de Valores Mobiliários - CVM, quando, através da Instrução CVM 1/78, estabeleceu a necessidade de desdobramento do custo de aquisição de investimentos avaliados pelo Método de Equivalência Patrimonial.

XX - Para efeito de contabilização, o custo de aquisição de investimento em coligada ou em controlada deverá ser desdobrado e os valores resultantes desse desdobramento contabilizados em subcontas separadas:

a) equivalência patrimonial baseada em balanço patrimonial ou em balancete de verificação levantado até, no máximo, sessenta dias antes da data da aquisição pela investidora ou pela controladora, consoante o disposto no Inciso XI;

² Aqui me afastando das discussões se o permissivo se revestiria em benefício fiscal ou não, que ao meu sentir em nada contribui para o deslinde da questão

b) ágio ou deságio na aquisição, representado pela diferença para mais ou para menos, respectivamente, entre o custo de aquisição do investimento e a equivalência patrimonial.

XXI - o ágio ou deságio computado na ocasião da aquisição do investimento deverá ser contabilizado com indicação do fundamento econômico que o determinou:

a) diferença para mais ou para menos entre o valor de mercado de bens do ativo e o valor contábil desses mesmos bens na coligada ou na controlada;

b) diferença para mais ou para menos na expectativa de rentabilidade baseada em projeção do resultado de exercícios, futuros;

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

XXII - O ágio ou o deságio decorrente da diferença entre o valor de mercado de bens do ativo e o valor contábil na coligada ou na controlada desses mesmos bens deverá ser amortizado na proporção em que for sendo realizado na coligada ou na controlada por depreciação, por amortização ou por exaustão dos bens, ou por baixa em decorrência de alienação ou de perecimento desses mesmos bens.

XXIII - O ágio ou o deságio decorrente da expectativa de rentabilidade deverá ser amortizado no prazo e na extensão das projeções que o determinaram ou quando houver baixa em decorrência de alienação ou de perecimento do investimento antes de haver terminado o prazo estabelecido para amortização.

XXIV - O ágio decorrente de fundo de comércio, de intangíveis ou de outras razões econômicas, deverá ser amortizado no prazo estimado de utilização, de vigência ou de perda de substância ou quando houver baixa em decorrência de alienação ou de perecimento do investimento antes de haver terminado o prazo estabelecido para amortização.”

Curioso notar que até então, o que se verificava era a contabilização do ágio por fundo de comércio, intangíveis ou outras razões econômicas. Segundo consta do FIPECAFI - Manual de Contabilidade das Sociedades Por Ações (aplicável também às demais Sociedades), 4ª Ed rev. e atual - São Paulo: Atlas, 1994, pg. 265, “*em razão de grande parte das empresas vir apresentando como fundamentação do valor do ágio “outras razões econômicas”, a CVM, através do seu Parecer de Orientação nº 15, de 28 de dezembro de 1987, veio a restringir tal fundamento, obrigando a divulgação da efetiva razão do ágio.*”. Segue o excerto do Parecer de Orientação CVM nº 15/78

“10. AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO/DESÁGIO - EQUIVALÊNCIA PATRIMONIAL

.....

Deve ser divulgada, em nota explicativa, a razão econômica que fundamenta o ágio/deságio, além dos critérios estabelecidos para amortização, não sendo admissível a designação genérica " outras razões econômicas" , como fundamento do ágio.”

Ou seja, em nenhum tempo, há exigência de laudo de avaliação de investimento a fim de exteriorizar as razões do fundamento do ágio. Havia sim, a imposição para indicação do fundamento, assim como visto no item XXI, a Instrução CVM nº 1/78.

“XXI - o ágio ou deságio computado na ocasião da aquisição do investimento deverá ser contabilizado com indicação do fundamento econômico que o determinou:”

Não obstante, as normas que se seguiram à Instrução Normativa acima, em nada alteraram essa determinação - INSTRUÇÃO CVM Nº 247, DE 27 DE MARÇO DE 1996, e suas alterações posteriores.

“Art. 14. O ágio ou deságio computado na ocasião da aquisição ou subscrição do investimento deverá ser contabilizado com indicação do fundamento econômico que o determinou.”

Obviamente que um laudo elaborado por terceiro independente, com os critérios que suportassem uma decisão administrativa tornaria a alocação dos recursos investidos na aquisição em determinado investimento mais evidente para um terceiro fora do negócio jurídico, pois o motivo indicado (exteriorizado) poderia ser cotejado com os elementos empregados na formação do preço de aquisição de determinado investimento.

Porém, este documento não se reveste na única prova que para assegurar que a diferença entre o valor pago na aquisição e o valor patrimonial do investimento adquirido tem esta ou aquela classificação contábil. Pode acontecer que, a despeito de o laudo indicar uma faixa de valor possível para determinado investimento para o potencial comprador, a negociação se dê por outras razões por parte do vendedor, e, ao fim, o comprador se desvie na negociação ao que efetivamente direcionou a formação do preço.

Da leitura do §3º, do art. 385, do RIR/99, extraímos dois elementos: o primeiro diz respeito à expressão “o lançamento com fundamentos”. Parece-me que o legislador está se referindo ao lançamento contábil que tenha como indicação o ágio referente a uma subavaliação de ativo ou uma rentabilidade futura esperada. O segundo elemento é a “demonstração”. Ora, se a legislação e as normas contábeis não exigem prova específica, a demonstração, nesse sentido, deve ser entendida como aquela em que se demonstra o valor do ágio objeto do lançamento.. Explico.

A contabilização do desdobramento entre custo do investimento e ágio/deságio exige uma apuração, quando do momento da aquisição, e essa apuração se dá através de balanço levantado com defasagem de até 60 dias (aplicação do Método de Equivalência Patrimonial). E, mais, a fim de se aplicar o próprio método de equivalência patrimonial, o balanço da investida deveria (como ainda deve) ter sido elaborado com os mesmos critérios da investidora. Ou seja, a depender do balanço utilizado (defasagem de 0, 30 ou 60 dias) e os ajustes ao próprio patrimônio da investida, o valor do ágio ou deságio por rentabilidade futura seria completamente diferente, pois o preço já pago seria imutável.

Não é demais lembrar que à época do surgimento das normas em comento, os lançamentos contábeis se processavam mediante fichas (Kardex), livros físicos, demonstrações datilografadas.

Desconhece-se no mundo real, mesmo nos dias atuais, alguma forma de levantamento de um balanço exatamente na mesma data em que o preço da aquisição do investimento seja pago. Decerto que tal exigência encontraria uma impossibilidade material física, mesmo com todo o avanço tecnológico da atualidade. O encerramento de balanços não se materializa no final de cada mês. Ou seja, não há balanço encerrado em 31 de dezembro (apesar de ser assim referido), no qual todos os lançamentos daquela competência tenham sido efetivamente realizados, contabilizados, lançados até aquela data.

Nesse diapasão, uma vez indicado o fundamento pela administração, o lançamento contábil para o fundamento indicado deveria ser acompanhado de uma demonstração de como se chegou ao montante do ágio ou deságio. Essa demonstração, assim, não serve para provar ou justificar o motivo pelo qual se pagou determinada quantia, mas suporta o desdobramento do valor pago, como exigido. Ou seja, é decorrência da indicação do fundamento.

No âmbito administrativo desse E. CARF, esse assunto tem sido motivo de várias decisões. O que elas têm em comum, além de muito bem construídas e articuladas, é o fato de alguma forma assegurar aos julgadores que o motivo para a apuração de um ágio baseado em rentabilidade futura tenha que corresponder ora a um documento – laudo, ora a estudos internos, ora a evidências que a rentabilidade futura foi o motivo pelo qual se pagou determinado preço.

Ou seja, a exegese do §3º, do art. 385 do RIR/99 seria no sentido de o termo “documentação” ali insculpido ser algo para provar o fundamento do lançamento, e não o lançamento com um determinado fundamento.

Veja os excertos extraídos do Acórdão 9101-005.974 – CSRF / 1ª Turma, que bem retratam o acima ponderado (com nossos grifos)

“No caso em tela, note-se que o Termo de Início de Fiscalização data de 03/10/2013 e os dois laudos de avaliação elaborados pela Price WaterHouseCoopers (doc. a fls. 965 a 1095) foram elaborados em 15 de outubro de 2007, do que se conclui que não foram elaborados ad hoc para atender a Fiscalização em tela.

No que tange à aquisição pela Itajai Investimentos das ações tanto da Teconvi como da Itajai Açú, ocorrida em junho de 2007, a situação ainda é mais tranquila, pois não há como falar em falta de contemporaneidade se o laudo foi elaborado em outubro de 2007.

Quanto à aquisição pela Technical das ações tanto da Teconvi e da Itajai Açú, ocorrida em junho de 2005, parece de todo razoável que o contribuinte tivesse esse cuidado de suportar o fundamento do ágio, o qual já estava registrado em sua contabilidade, em laudos de empresa de auditoria independente, já que, com as incorporações que viriam a ocorrer posteriormente, a amortização do ágio passaria a impactar bases tributáveis e, logicamente, o contribuinte passaria a estar sujeito a ter que demonstrar o fundamento do ágio ao Fisco a qualquer momento, como terminou por ocorrer em 2013. Assim, aquilo que era antes estudos internos ou mera demonstração da recorrente ou de seus controladores estrangeiros passou a ser laudos emitidos por uma auditoria independente.

Por essas razões, afasto o argumento da Fiscalização acerca da falta de contemporaneidade dos laudos de avaliação apresentados pela recorrente, para justificar o fundamento do ágio por ela amortizado.

....

Esta Conselheira teve a oportunidade de apreciar dissídio semelhante ao aqui estabelecido em face do paradigma nº 1201-001.438, que também tratou da operação realizada entre o Banco de Investimentos Credit Suisse (Brasil) S/A e o grupo “Hedging-Griffo Investimentos” (HDI). No voto condutor do Acórdão nº 9101-005.793 foi demonstrada a existência de documentos anteriores à aquisição que guardariam correspondência com o laudo posterior à aquisição, e que convenceram o Colegiado que

analisou aquela questão a concluir pela existência de fundamentação robusta e completamente apta a permitir a amortização fiscal do ágio. Veja-se:

O primeiro paradigma (Acórdão n.º 1201-002.247) foi objeto de recurso especial recentemente apreciado no Acórdão n.º 9101-004.816 (Banco de Investimentos Credit Suisse (Brasil) S/A). A PGFN pretendeu questionar, também, a fundamentação do ágio amortizado, mas este Colegiado², à unanimidade, negou conhecimento a este ponto do recurso especial fazendário, acompanhando a relatora, Conselheira Lívia De Carli Germano que, além de constatar que o entendimento defendido pela PGFN não integrava o voto condutor do paradigma indicado, assim reportou os fundamentos do acórdão ali recorrido:

Ademais, é de se considerar que o acórdão recorrido conclui pela validade do documento apresentado, considerando que (i) a legislação não determinava prazo para a apresentação do demonstrativo; (ii) o suposto atraso se resume a um mês; (iii) as premissas para a definição do preço já constavam de documento anterior à operação (acordo de acionistas); (iv) o laudo técnico apenas corroborou o preço das ações definido conforme regras já acordadas anteriormente. *In verbis:*

A Fiscalização entende ser intempestivo o laudo apresentado. Apesar da completa ausência de previsão legal na época acerca do prazo em que o laudo deveria ser apresentado ou mesmo da própria obrigatoriedade de apresentação de um laudo, vemos que o suposto atraso se resume a um mês.

Entendo que tal discussão sobre este atraso é totalmente inócua. Primeiro, porque as premissas para definição do preço das ações já estava na Cláusula 7.1.b do Acordo de Acionistas que fora celebrado e novembro de 2007.

O laudo técnico elaborado pela E&Y serviu apenas para corroborar o preço das ações conforme regras já definidas anteriormente. Não obstante, a fiscalização apontou supostas impropriedades técnicas do laudo, o que gerou a apresentação de um Parecer Técnico Extrajudicial que demonstra a inexistência de tais impropriedades.

Ressalte-se que esta é a conclusão relativa ao “segundo ágio” lá apreciado, mas também houve apreciação dos requisitos para comprovação da rentabilidade futura relativamente ao “primeiro ágio” e neste ponto, o voto condutor do referido paradigma se estende mais longamente na análise do tema, mas sem validar laudo posterior à aquisição em razão do novo prazo estipulado na Lei n.º 12.973/2014. Ao contrário, expressamente afirmou que *a lei presente não abrange e nem norteia especificamente o caso concreto que ocorreu no passado.* Mas também anotou que não havia prazo para tal apresentação ou exigência de laudo formal, bastando demonstrativo de rentabilidade futura que, no caso em tela, foi apresentado *cerca de seis meses após a aquisição da participação e acerca do qual a Fiscalização não questionou o conteúdo nem apontou falha técnica.*

Afirmou, assim, *que o trabalho apresentado pela Ernst & Young se mostrou apto em termos técnicos, ou seja capaz de demonstrar a expectativa de rentabilidade futuro, restou devidamente comprovada a existência do elemento econômico que fundamentou o pagamento o ágio.* Apesar disso, prosseguiu analisando as cogitações da Fiscalização acerca dos efeitos da extemporaneidade do laudo, e fazendo prevalecer a boa-fé do recorrente em razão das provas apresentadas e da natureza da atividade exercida pelo sujeito passivo, bem como da ausência de provas de má-fé. Depois de extensa análise do conteúdo do laudo, o voto é assim finalizado na primeira parte em que analisou o tema:

² Participaram do presente julgamento os Conselheiros: André Mendes de Moura, Lívia De Carli Germano, Edeli Pereira Bessa, Amélia Wakako Morishita Yamamoto, Viviane Vidal Wagner, Junia Roberta Gouveia Sampaio (suplente convocada), Caio Cesar Nader Quintella, Andréa Duek Simantob (Presidente em Exercício).

Desta forma, temos que o conjunto probatório apresentado pelo recorrente é capaz de fundamentar devidamente o ágio, através da expectativa de rentabilidade futura.

Todos os documentos trazidos apresentam validade técnica e formal a ponto de conferirem fundamentação robusta e completamente apta a ensejar o gozo do benefício fiscal, qual seja, a amortização do ágio.

Constata-se, assim, que referido paradigma está expressamente condicionado às circunstâncias fáticas específicas que ali evidenciaram a correspondência do ágio pago com a expectativa de rentabilidade futura. E, no mesmo sentido se conduziu o Colegiado a quo, no sentido de examinar os documentos anteriores à aquisição para tentar estabelecer sua correspondência com o laudo posterior à aquisição, mas sem identificar naqueles elementos a mesma confiabilidade identificada no paradigma.

Curioso é que aquela turma não superou a necessidade de se provar, através de laudo ou documentação, a indicação do fundamento do ágio. Nesse sentido, há de existir algo que convença os conselheiros ter sido o preço formado por algum elemento de rentabilidade futura. Vejamos trecho da ementa do Acórdão 9101-005.974:

ÁGIO. LAUDO OU DOCUMENTAÇÃO DE DEMONSTRAÇÃO DOS FUNDAMENTOS ECONÔMICOS. AVALIAÇÃO DO INVESTIMENTO. EXPECTATIVA DE RENTABILIDADE FUTURA. REGISTRO CONTÁBIL. ANTERIORIDADE E SINCRONIA NÃO EXIGIDAS. NECESSIDADE APENAS DE CONTEMPORANEIDADE EM RELAÇÃO À OPERAÇÃO SOCIETÁRIA.

Antes do advento da MP n.º 627/13, convertida na Lei n.º 12.973/14, não existia dispositivo legal, próprio e expresso, quanto à *temporalidade* e à *cronologia* da produção e arquivamento de documento em que se demonstra o fundamento econômico do ágio registrado na contabilidade das empresas.

Porém, a redação original do art. 20 do Decreto-Lei n.º 1.598/77 já estabelecia que, *na ocasião da aquisição da participação*, deveria se desdobrar o custo de aquisição em valor de patrimônio líquido, na época da operação, e o ágio ou o deságio percebido na transação. A isso soma-se a determinação do §3º do mesmo dispositivo, que impõe que o fundamento econômico do ágio deverá *ser baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração*, não restando dúvidas da exigência de *contemporaneidade* de tal demonstração com a manobra de aquisição e seu correspondente *gasto*.

Novamente, na leitura desse relator, não é essa a exegese do §3º, do art. 385, do RIR/99. A demonstração objetiva evidenciar a apuração (cálculo matemático) do montante do ágio, que se deve guardar com os lançamentos de desdobramento do preço pago. Por isso, contemporâneo a esse evento de lançamento.

Como visto, na opinião deste Conselheiro, um laudo pode até se prestar para consubstanciar alguma decisão ou justificar uma motivação. Perceba-se, entretanto, que a demonstração (podendo ser um laudo), considerada aquela na qual se exterioriza uma base a partir da qual se apura o montante do ágio/deságio, está ligada ao período de levantamento das demonstrações contábeis do investimento adquirido (observados os mesmos critérios da investidora), e, conseqüentemente, o lançamento contábil pertinente na contabilidade da investidora. Nesse ponto, realmente, a demonstração guarda contemporaneidade com o

lançamento contábil, assim entendido o momento no qual foi possível a apuração do ágio/deságio.

A discussão que se desenvolveu durante a fiscalização e, posteriormente, no Acórdão, sobre o laudo de avaliação apresentado pela APSIS, está calcada no elemento justificador do preço pago, se o tal laudo era contemporâneo ou não. Na ótica deste Conselheiro o laudo é prescindível para o deslinde do mérito, posto que o que se exige é a demonstração do cálculo do ágio à época da aquisição. Não cabe nem a autoridade fiscalizadora ou revisora exigir comprovação da motivação subjacente à decisão de investir determinado valor em uma companhia.

Como visto na decisão da 1ª turma do CSRF acima comentada, não há anterioridade ou sincronia exigida para esse documento (laudo ou documentação), mas contemporaneidade. Nesse particular, este Relator está perfeitamente alinhado com entendimento daquela turma, divergindo apenas quanto ao tema prova da fundamentação do ágio, e em qual momento este seria produzido. Para a 1ª Turma do CSRF, a contemporaneidade está ligada ao período do pagamento do preço. Para este Conselheiro, está ligada à época do lançamento.

Não obstante, ainda que afastando o laudo da APSIS como o foco central a sustentar a pertinência do ágio na categoria rentabilidade futura, há outros elementos observáveis, que concluem pela perfeita adequação quanto a prova da fundamentação e de sua contemporaneidade, a exemplo do email (doc 8, anexo da peça impugnatória), do “Disclaimer” (doc 6, anexo da peça impugnatória), do “Executive Summary” (doc 07, anexo da peça impugnatória) e do “Term Sheet” – 06/09/11 (doc 08, anexo da peça impugnatória). Tais documentos precederam a própria aquisição, e contém os elementos que indicam como se formou o preço, não estando esta formação vinculada a ativos imobilizados ou outras razões econômicas.

Segundo consta do “Executive Summary” a base para a tomada de decisão tinha como pano de fundo a expectativa de um aumento na geração de caixa pela entrada em operação de 9 contratos, onde era esperado a geração de USD 440 milhões e USD 891 milhões entre 2011 e 2012 de receitas líquidas e EBTIDA (expressão em inglês para denominar os lucros antes dos tributos, juros, depreciação e amortização) de USD US\$262 milhões e US\$559, respectivamente.

Adicionalmente, o valor atribuído como participação 5% era equivalente a USD 175 milhões, valor este que constou no “Term Sheet” assinado em 06/09/2011, data anterior à efetiva aquisição do investimento na OOG.

Ou seja, os elementos constantes dos estudos para a negociação da aquisição do investimento demonstram o fundamento do ágio como originalmente contabilizado pela Recorrente, por se basearem em uma expectativa de incremento substancial de receitas e geração de caixa, pela entrada em operação de 9 novos contratos que exigiriam, de outro lado, a injeção de recursos financeiros na companhia investida.

Aqui, em respeito ao princípio da lealdade processual, este Relator tem que informar que o documento “Executive Summary” está redigido em vernáculo estrangeiro (inglês). Regra geral, documentos redigidos em outras línguas colacionados em processos administrativos ou judiciais requererem tradução. Contudo, O aludido documento foi juntado pela Recorrente quando do oferecimento da sua peça impugnatória (fls 781 a 780).

No caso do processo julgado pela DRJ/RIPO (16682.720277/2019-89) dele tomou conhecimento na língua estrangeira, para assim afirmar:

“Ao que explicou na peça impugnatória, adequariam-se a tal propósito os documentos 07 a 11 anexados.

Destes, o Doc. 09 e 10 representam projeções de atividades do contribuinte, sem demonstrar o que efetivamente foi requerido, ou qualquer valoração para a compra da participação pela GIF SAMBAIBA/ GIF IV.”

O “Executive Summary” é o doc. 07, trata-se de estudo do Gávea Investimentos sobre os dados da empresa investida (OOG), incluindo-se a projeção das receitas e resultados, empresa esta que ao ser adquirida gerou o ágio objeto da contenda, e o porquê da recomendação do aporte de capital – geração significativa de lucros já em 2012 (“*Additionally, given the scale and the fact that the company will be generating significant earnings already in 2012*” – em tradução livre: adicionalmente, dada a escala e o fato da companhia estará gerando significantes ganhos já em 2012).

No presente caso, a DRJ/07, a despeito de inicialmente tê-los rejeitado em face da apresentação em língua estrangeira, não teve dificuldades em analisá-los ao emitir opinião sobre os mesmos. Vejamos:

“Ademais, somente para argumentar, do exame dos referidos documentos verifica-se que estes apresentam simples projeções das atividades da OOG, não permitindo concluir, a partir da análise dos mesmos, que o valor do aporte feito em OOG pela interessada no total de R\$ 309.120.000,00 deve ser desmembrado em investimento de R\$ 88.650.481,00, correspondente a 5% do PL da investida (PL=R\$ 1.773.099.629,00) e ágio de rentabilidade futura – R\$ 220.468.519,00, tal como registrado em sua contabilidade”

Em relação ao tema, há precedentes do STJ nos quais o simples não conhecimento do documento a teor do art. 157 do Código de Processo Civil é afastado, possibilitando à parte que junte a tradução: Vejamos:

“Acórdão: Recurso Especial n. 1.231.152 - PR.

Relator: Min. Nancy Andrighi.

Data da decisão: 20.08.2013.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.231.152 - PR (20100225302-3)

RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI

RECORRENTE : BRADESCO SEGUROS S/A

ADVOGADO : PAULO CÉSAR BRAGA MENESCAL E OUTRO(S)

RECORRIDO : MSC MEDITERRANEAN SHIPPING COMPANY S/A

ADVOGADOS : IWAN JAEGER JUNIOR E OUTRO(S) PEDRO NEIVA DE SANTANA NETO E OUTRO(S)

EMENTA: PROCESSO CIVIL. DOCUMENTO REDIGIDO EM LÍNGUA ESTRANGEIRA. VERSÃO EM VERNÁCULO FIRMADA POR TRADUTOR JURAMENTADO. DISPENSABILIDADE A SER AVALIADA EM CONCRETO. ART. 157 C/C ARTS. 154, 244 e 250, P. ÚNICO, CPC. TRADUÇÃO. IMPRESCINDIBILIDADE DEMONSTRADA. EMENDA À INICIAL. NECESSIDADE DE OPORTUNIZAÇÃO ESPECÍFICA. ARTS. 284 C/C 327, CPC. PRECEDENTES. 1. A dispensabilidade da tradução juramentada de documento redigido em língua estrangeira (art. 157, CPC) deve ser avaliada à luz da conjuntura concreta dos autos e com vistas ao alcance

da finalidade essencial do ato e à ausência de prejuízo para as partes e(ou) para o processo (arts. 154, 244 e 250, CPC). 2. O indeferimento da petição inicial, quer por força do não-preenchimento dos requisitos exigidos nos arts. 282 e 283 do CPC, quer pela verificação de defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, reclama a concessão de prévia oportunidade de emenda pelo autor (art. 284, CPC). Precedentes. 3. "A exigência de apresentação de tradução de documento estrangeiro, consubstanciada no art. 157 do CPC, deve ser, na medida do possível, conjugada com a regra do art. 284 da mesma lei adjetiva, de sorte que se ainda na fase instrutória da ação ordinária é detectada a falta, deve ser oportunizada à parte a sanção do vício, ao invés de simplesmente extinguir-se o processo, obrigando à sua repetição" (REsp 434.908/AM, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, 4ª Turma, DJ 25/08/2003). 4. Recurso especial conhecido em parte e, nesta parte, provido."

No âmbito do CARF, há precedentes nos dois sentidos. No do simples não conhecimento do documento em vernáculo estrangeiro desacompanhado da tradução, como também, pelo conhecimento quando os documentos estavam revestidos de simplicidade³.

Em memoriais apresentados pela Recorrente, disponibilizados na sessão de 19/07/2023, na qual se julgou o PAF 16682.720277/2019-89 (cujo Recurso Voluntário foi PROCEDENTE) foi juntada a tradução juramentada do documento "Executive Summary" (Resumo Executivo) e, aceito por este relator, em prol da celeridade processual, uma vez que, ao não fazê-lo, a melhor solução seria a conversão do feito em Diligência, que teria por principal objetivo obter essa mesma tradução. Por fim, ressalto que referido documento apenas corrobora o já esposado acima.

Outro aspecto diz respeito ao relatório dos auditores independentes mencionado no Acórdão recorrido, no qual estes teriam dificuldades de justificar os valores de aquisição da participação de GIF IV na OOG. *In verbis*:

“...

Para as participações na **Odebrecht Óleo e Gás** e nas empresas do Grupo Chilli Beans, que totalizavam o montante de R\$ 419.872 mil, **os auditores independentes não obtiveram evidência de auditoria apropriada e suficiente**, em relação a necessidade de provisão para redução ao valor recuperável dessas companhias investidas indiretas em 31 de dezembro de 2015, **pois não tiveram acesso às informações que suportassem a manutenção do registro desses investimentos ao seu custo de aquisição.** (negritamos)

Desta feita, não se identificaram os alegados documentos nos quais se fundam os lançamentos contábeis questionados.”

A nota a que se refere a DRJ/07 está no relatório de auditoria das demonstrações contábeis de 31 de dezembro de 2015. Realmente, da mesma forma que não serve para aproveitar à Recorrente, nada acrescenta em favor da argumentação da autoridade fiscal.

³ Decisão: 2102-000.410.... ".... EXTRATOS BANCÁRIOS — DESNECESSIDADE DE TRADUÇÃO PARA O VERNÁCULO — Comprovado que o contribuinte tinha plena ciência do teor dos documentos em língua inglesa, até por que firmado por ele próprio, tudo aliado à simplicidade dessa documentação que estribou o lançamento, desnecessário sua tradução o vernáculo, em respeito ao princípio do formalismo moderado que informa o processo administrativo fiscal....."

A despeito de não se referir ao tempo dos fatos da autuação, essa nota é decorrente de uma exigência dos trabalhos de auditoria. Toda auditoria externa, quando enfrentando a verificação de elementos formadores do patrimônio de determinada companhia ou fundo de investimento, e, em especial investimentos relevantes (não só sob o ponto de vista de relevância em relação ao total de ativos, mas em relação ao próprio patrimônio líquido), acaba por requerer demonstrações contábeis auditadas desses investimentos.

Na eventual inexistência de demonstrações contábeis auditadas desses investimentos, o auditor da companhia destaca esse fato em uma ênfase ou até mesmo uma ressalva, para se eximir de exprimir determinada opinião, não sobre a existência, propriedade ou a contabilização dos investimentos na controladora, mas tão somente para não opinar se sobre tais investimentos devesse aplicar alguma redução (provisão), ou analisar se o ágio indicado com a fundamentação indicada deveria ou não ser reduzido ou baixado, em uma eventual mudança do cenário na expectativa de recuperação do valor investido.

Aqui cabe o destaque na própria nota, não grifado pela autoridade fiscal. Vejamos:

“...os auditores independentes não obtiveram evidência de auditoria apropriada e suficiente, em relação a necessidade de provisão para redução ao valor recuperável dessas companhias investidas indiretas em 31 de dezembro de 2015...”

Portanto, no quesito sobre a “documentação” e sua contemporaneidade, entende este Relator estarem atendidos os requisitos do § 3º, do art. 385, do RIR/99, a suportar a “rentabilidade futura” como motivo para amortização do ágio gerado quando da aquisição do investimento da OOG pela GIF SAMBAÍBA.

b) Empresa Veículo e Confusão Patrimonial

O argumento da autoridade fiscal para a desconsideração da “confusão patrimonial”, aqui entendida a confusão patrimonial entre a alegada investidora real e a investida, a fim de se permitir a dedutibilidade do ágio, pode ser assim resumido no Acórdão da DRJ/07:

“Ademais, a GIF Sambaíba não dispunha de recursos para adquirir a OOG: do aumento de capital integralizado pela GIF IV na GIF Sambaíba no valor de R\$ 310.000.000,00 em 14/10/2011, o montante de R\$ 309.120.000,00 (ou seja, quase a integralidade dos recursos) foi transferido, no mesmo dia, para OOG para sua aquisição.

Assim, claro está que os recursos vieram de fato da GIF IV Fundo de Investimentos e Participações, constituindo-se, portanto, a GIF Sambaíba em uma mera empresa veículo.

Assim, o ágio registrado pela interessada com a incorporação da empresa GIF SAMBAÍBA não pode ser considerado dedutível para fins de apuração da base de cálculo do IRPJ e da CSLL nos termos do artigo 386 do RIR/99, o qual repete os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, uma vez que não observa as condições e requisitos impostos pela legislação.

Dentre os aspectos que impedem o ágio registrado pela interessada de ser dedutível, cita-se a ausência do encontro num mesmo patrimônio do ágio com o investimento que lhe deu origem.”

Levar tal assertiva a “ferro e fogo” será forçoso concluir que nenhum ágio será dedutível, quando a origem dos recursos não for estritamente das atividades de uma sociedade. Ou seja, a interpretação como posta conduz a um absurdo (*argumentum ad absurdum*), e nesse sentido, deve ser afastada quando da aplicação da norma jurídica.

Percebe-se, também, que a argumentação está calcada na desconsideração da GIF SAMBAÍBA tida como empresa sem propósito negocial. A sustentar a falta de propósito está o tempo de sua existência, a falta de funcionários e atividade econômica. Vejamos excertos do TVF:

“GIF SAMBAÍBA era uma empresa de papel, sem qualquer atividade econômica, adquirida apenas para transportar o ágio constituído quando da aquisição da participação na OOG. Ou seja, funcionava como uma empresa veículo. Não possuía empregados (não há apresentação de GFIP no período de outubro de 2011 a dezembro de 2012...”

Assim, considerando a autoridade fiscal que a real investidora teria sido a GIF IV, a incorporação realizada foi a entre a GIF SAMBAÍBA e a OCC, não teria ocorrido a “confusão patrimonial”, e portanto, o ágio não poderia ter sua amortização deduzida para fins de determinação da lucro real/prejuízo fiscal. O precedente alegado pela DRJ – Acórdão 9101-002.592 da 1ª Turma, da CRSF, guarda similitude com o caso, pois nele foi tratado a condição do que seria o real investidor em uma incorporação da investidora pela investida, como pressuposto de condição de amortização dedutível do ágio, e o trecho destacado tanto pela DRJ como pelo Recorrente é apenas uma parte do histórico, mas não as razões de decidir.

Contudo, não obstante aquele precedente ter sido utilizado como elemento da decisão da DRJ, há vários outras decisões na direção da permissão de dedutibilidade do ágio nos moldes do verificado no caso em tela e colacionado pela Recorrente.

“Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2011, 2012, 2013

LANÇAMENTO. INOVAÇÃO PELO ÓRGÃO JULGADOR. FATOS E FUNDAMENTOS JURÍDICOS.

(...)

GLOSA DE DESPESA DE ÁGIO. REQUISITOS DE REGISTRO E AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO

O art. 20 do Decreto-Lei no 1.598, de 1997, estabelece a definição de ágio e os requisitos do ágio, para fins fiscais. O ágio é a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor patrimonial das ações adquiridas. Os requisitos são a aquisição de participação societária e o fundamento econômico do valor de aquisição.

Atendidas as disposições contidas nos arts. 385 e 386 do RIR/99; além dos requisitos de ordem formal, como o arquivamento da demonstração de rentabilidade futura do investimento e efetivo pagamento na aquisição, verificasse a possibilidade de registro e amortização do ágio.

PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. PROPÓSITO NEGOCIAL. EMPRESA VEÍCULO.

Os dispositivos legais concernentes ao registro e amortização do ágio fiscal não vedam que as operações societárias sejam realizadas, única e exclusivamente, com fins ao aproveitamento do ágio. Bem como, nota-se que tal regra não está presente em nenhum outro dispositivo legal de nosso sistema jurídico, seja nacional ou federal. Neste tom, registra-se, nenhuma norma pátria veda que a realização de negócios tenha por finalidade a redução da carga tributária - de forma lícita. É o que se observa no § 3º, art. 2º da Lei das SA, o qual dispõe que a companhia pode ter por objeto participar de outras sociedades (**empresa veículo**).

Voto

(...)

Os dispositivos legais concernentes ao registro e amortização do ágio fiscal não vedam que as operações societárias sejam realizadas, única e exclusivamente, com fins ao aproveitamento do ágio. Bem como, nota-se que tal regra não está presente em nenhum outro dispositivo legal de nosso sistema jurídico, seja nacional ou federal. Neste tom, registra-se, nenhuma norma pátria veda que a realização de negócios tenha por finalidade a redução da carga tributária - de forma lícita. É o que se observa no § 3º, art. 2º da Lei das SA, o qual dispõe que a companhia pode ter por objeto participar de outras sociedades (empresa veículo).”

(Acórdão n.º 1302-002.126, sessão de 17.05.2017 – grifos nossos).

Ou, ainda:

“Processo n.º 10805.722537/2015-15

Recurso Especial do Contribuinte

Acórdão n.º 9101-006.287 – CSRF / 1ª Turma

Sessão de 13 de setembro de 2022

Recorrente VIA S.A.

Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA (IRPJ) Ano-calendário: 2011, 2012, 2013 GLOSA DE DESPESAS. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. EMPRESA VEÍCULO. CONFUSÃO PATRIMONIAL. REAL ADQUIRENTE. PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO ABUSIVO. IMPOSSIBILIDADE. Não encontra respaldo na legislação a tese de que, em qualquer circunstância, deve ser considerada “real investidora” a pessoa jurídica do grupo de quem se originaram os recursos financeiros utilizados na aquisição. Não havendo norma disposta de forma diferente, é de se considerar como “real adquirente”, em um negócio de compra e venda, a pessoa que recebe o bem em troca do pagamento do preço. A requalificação dos negócios jurídicos sem vícios ou patologias, exclusivamente sob acusação de “planejamento abusivo”, baseada em ausência “razões não tributárias” para a escolha de uma estrutura em lugar de outra que resultaria em maior tributação, não encontra respaldo quer na base legal indicada no auto de infração em questão, quer no próprio ordenamento jurídico tributário brasileiro atualmente em vigor.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos. Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do recurso especial e, por maioria de votos, em dar provimento ao Recurso Especial, vencidos os conselheiros Edeli Pereira Bessa, Fernando Brasil de Oliveira Pinto e Guilherme Adolfo dos Santos Mendes que votaram por negar-lhe provimento. Votou pelas conclusões o conselheiro Luis Henrique Marotti

Toselli, e, por fundamentos distintos, o conselheiro Carlos Henrique de Oliveira. Manifestou intenção de apresentar declaração de voto a conselheira Edeli Pereira Bessa. O conselheiro Fernando Brasil de Oliveira Pinto votou pelas conclusões da divergência.”

No que toca ao caso em tela, os principais fundamentos da fiscalização para justificar a autuação e indicação como empresa veículo estariam no fato de a GIF SAMBAÍBA ser uma empresa sem propósito negocial, além do curto prazo entre aquisição e sua incorporação.

Em seu Recurso Voluntário, a Recorrente alega sobre o propósito negocial da GIF SAMBAÍBA (pg 31 e pg 34):

“7. Aquisição de Investimento em Programas de Colocação Primária de Ações (*Private Placement Program*) por Sociedade de Propósito Específico Controlada por Fundo de Investimento em Ações É Prática Usual e Normal no Mercado, Revestida, portanto de Sólido Propósito Negocial, pois Flexibiliza a Participação Futura de Novos Investidores no Empreendimento e Confere Liquidez à Aplicação.”

....

7.6.1 Afinal, embora os motivos pelos quais os cotistas do GIF IV optaram por realizar aquele investimento por meio da GIF SAMBAÍBA não devam ser indagados à RECORRENTE, que não era cotista daquele fundo nem acionista daquela companhia, é amplamente sabido pelos que militam no mercado de capitais ser **usual e normal na aquisição de investimentos em programas de colocação primária de ações (*private placement programs*)** que os fundos de investimentos em ações, em lugar de aportarem diretamente seus recursos financeiros nas sociedades alvo, o façam por intermédio de companhias sob seu controle, frequentemente concebidas com esse propósito específico, pois **tal medida amplia as alternativas de negociações futuras em sindicalização do investimento sem afetar o quadro de cotistas na venda de parte do investimento a terceiros sem interferir nos acordos firmados com os demais acionistas da sociedade alvo e em incontáveis outras transações que poderiam não se tornar factíveis em uma estrutura mais rígida..**

7.6.2. A GIF SAMBAÍBA, portanto, era inquestionavelmente uma sociedade revestida de sólidos propósitos negociais e foi a verdadeira investidora na RECORRENTE, tendo despendido efetivamente o valor das ações de emissão primária das suas ações..”

Os negócios realizados por Fundos de Investimentos em Participações (FIP), como no caso do GIF IV, têm por objeto a participação em empresas (abertas ou fechadas), “participando do processo decisório da companhia investida, com efetiva influência na definição de sua política estratégica e na sua gestão, notadamente através da indicação de membros do Conselho de Administração” (Instrução CVM 391/03 – vigente à época).

De fato, na condução dos investimentos por um FIP, há essencialmente duas formas de fazê-lo. A forma direta, na qual o próprio fundo adquire as ações ou quotas da empresa alvo, ou indireta, na qual há a constituição de uma empresa holding, que fará as aquisições das ações ou quotas da empresa alvo.

A diferença básica entre uma ou outra forma encontra-se em algumas decisões que perpassam desde a possibilidade ou não de o FIP emitir novas cotas, admitindo-se novos cotistas, até a forma de captação de empréstimos (alavancagem). Nesta última hipótese, não há alternativa de emissão de títulos de dívida por parte do FIP, o que restringe a forma de captação de recursos financeiros. Além disso, na hipótese de emissão de novas cotas pelo FIP os direitos políticos serão necessariamente compartilhados com os cotistas dessa nova emissão, podendo-se restringir o público alvo, que necessariamente estaria sujeito às demandas e legislação de um fundo de investimento.

Outra forma é a indicada pela Recorrente, na qual constitui-se uma empresa holding que investirá nas ações ou quotas da empresa alvo (ou empresas alvo). Nessa modalidade, há uma ampliação das possibilidades de alavancagem do investimento, ou mesmo de seu desinvestimento. O FIP poderá emitir novas cotas, ou vender parte do investimento na holding (ou admitir novos sócios), ou a própria holding vender parte ou integralmente a sua participação na empresa alvo, em transações privadas. Todas as hipóteses são conhecidas e amplamente difundidas no âmbito do mercado financeiro e de capitais, não havendo qualquer atipicidade nessas estruturas, inexistindo qualquer artificialidade, vício ou patologia.

Cada estrutura contém vantagens e desvantagens em relação aos direitos políticos e econômicos decorrentes da propriedade de uma ação ou quota de capital. No caso de criação da holding, por exemplo, a admissão de um novo sócio nessa sociedade evita a divisão do poder político no FIP, e, ao mesmo tempo, afasta essa diluição na empresa alvo, protegendo-a de discussões ou impasses entre os sócios, mantendo intactos os acordos de acionistas ou quotistas no nível da empresa alvo.

Nesse sentido, não há máculas ou artificialidade na escolha do GIF IV de se utilizar de uma empresa holding. Da mesma forma, não, não há artificialidade de transferência de ágio (com transferência do investimento inicialmente adquirido por outra entidade) ou mesmo de criação de ágio entre empresas do mesmo grupo.

Quanto ao tópico de falta de empregados, não assiste razão à autoridade fiscal. A empresa holding tem sua atividade operacional limitada às decisões de sua diretoria ou órgãos de administração, não sendo mandatório o emprego de empregados ou mesmo estruturas físicas para determinar a sua existência formal e fática. GIF SAMBAÍBA, depois de adquirida pela GIF IV, instituiu não só diretoria, mas também conselho de administração, sendo o bastante para desenvolver sua atividade operacional.

Em relação ao argumento da fiscalização sobre o tempo entre a aquisição do investimento OOG e a incorporação da GIF SAMBAÍBA naquela empresa, o fato é que esse evento se materializou um (1) ano e dois (2) meses após a aquisição (Aquisição: 14/10/2011 – Incorporação: 31/12/2012).

Malgrado o tempo ser um elemento a se avaliar se estamos diante de um planejamento dito abusivo (maculado por uma simulação – discrepância entre a vontade e os atos formalmente materializados), não se pode perder de vista que o tempo das transações nesses casos era ínfimo. Por ínfimo, os casos davam conta de operações realizadas no intervalo de horas, ou dias, ou um (1) ou dois (2) meses. Esse fator era o que determinava a formação do convencimento nos julgados sobre a falta de fundamento comercial ou causa, exceto o aproveitamento do efeito fiscal benéfico advindo da transação adotada.

No caso em concreto, não se pode afirmar que o prazo tenha sido ínfimo. Hum (1) ano é prazo mais que suficiente para que a estrutura originalmente concebida mereça ser revista.

Se GIF IV tivesse por único e exclusivo motivo a criação artificial de um ágio, mediante a constituição de uma “empresa veículo” para que esse ágio fosse incorporado na OOG, como explicar GIF IV ter cedido o investimento em OOG (cedendo as ações da OOGPAR) por R\$ 100 mil, apurando um prejuízo de R\$ 309 milhões? Vejamos a Nota 5 (a) do Relatório de Auditoria do ano calendário de 2016 (doc. 9, anexo da peça impugnatória), com nossos grifos:

“(a) Odebrecht Óleo e Gás Participações S.A. (anteriormente denominada Odebrecht Óleo e Gás S.A.)

Em 2011, o Fundo realizou o investimento inicial na GIF Sambaíba Participações S.A. que, em 31 de dezembro de 2012, foi incorporada reversamente pela Odebrecht Óleo e Gás S.A. (“OOG”), com a consequente extinção da mesma e sucessão de todos os seus direitos e obrigações.

Em 21 de dezembro de 2015 o Fundo adquiriu participação na Odebrecht Óleo e Gás Participações S.A. (“OOGPAR”), mediante subscrição da totalidade das ações que detinha da OOG, representada por 59.484.061 ações, que lhe conferia participação de 5% no capital social da OOG, por 59.484.121 ações da OOGPAR, que confere ao Fundo a participação de 5% do capital social da OOGPAR. Os demais acionistas da OOG também adquiriram participação na OOGPAR, subscrevendo a totalidade das ações detidas da OOG, mantendo assim os mesmos percentuais que detinham da OOG no capital social da OOGPAR.

Após as subscrições mencionadas, a OOGPAR se tornou detentora de 100% das ações da OOG. Como detentora da totalidade das ações, através de Assembleia Geral Extraordinária realizada em 22 de dezembro de 2015, a OOGPAR extinguiu o Conselho de Administração da OOG.

A OOG, controlada da OOGPAR, atuam na prestação de serviços integrados para a indústria de Óleo e Gás *upstream*, tanto na fase de construção dos ativos e investimentos, quanto nas operações, nos segmentos de Afretamento e Operação de Unidades de Perfuração Offshore, *Subsea*, Afretamento e Operação de Unidades Flutuantes de Produção, Armazenamento e Transferência de Óleo (FPSO), além de prestação de serviços de instalação, manutenção e serviços complementares para produção no Brasil e no Reino Unido.

Em 31 de dezembro de 2015, o Fundo possuía em sua carteira 59.484.121 ações ordinárias da OOG, que representavam 5% do capital social da companhia, pelo valor de R\$ 309.524.

Em 20 de julho de 2016, foi celebrado contrato de compra e venda de ações entre o Fundo e a Odebrecht S.A. O Fundo, por meio deste contrato, cedeu e transferiu à Odebrecht S.A. a totalidade das Ações da OOG. Em contrapartida à transferência das ações, a Odebrecht S.A. pagou ao Fundo o montante de R\$ 100, reconhecendo um prejuízo de aproximadamente R\$309.424 no exercício findo de 31 de dezembro de 2016.”

Ou seja, cristalino para este Relator tratar-se de um investimento que foi realizado com base em uma expectativa de resultados futuros, cujos fundamentos não se materializaram já no ano seguinte ao que seria esperado para a geração de resultados (2012), e confirmado com a completa frustração de sua recuperação em 2016.

Não há como concluir que a transação tomada pelo seu todo teve por objetivo captação de recursos de terceiros no valor de mais de R\$ 300 milhões, para aplicação em um investimento a fim de se apurar um ágio, sendo que ao final do quinto ano desse investimento, o investidor tenha apurado um prejuízo dos R\$ 300 milhões.

CSLL

Considerando tratar-se de tributação decorrente dos mesmos fatos, inexistente razão para tratamento diferenciado, aplicando-se, nesse sentido, as mesmas razões de decidir e conclusão.

CONCLUSÃO

Por todo exposto, não se verifica no caso a inexistência de fundamento negocial para a constituição da holding posteriormente incorporada na empresa investida, devendo ser aplicado ao caso os termos do art. 386 do RIR/99 – dedutibilidade das amortizações de ágio por rentabilidade futura, pela empresa incorporadora. Não se trata nem de empresa veículo, desprovida de causa, assim como não se trata de transferência de ágio ou ágio interno apurado através de empresa veículo.

Assim, vota-se por conhecer do Recurso Voluntário para lhe DAR PROVIMENTO, restando prejudicada a questão relativa à multa isolada incidente sobre antecipações.

(documento assinado digitalmente)

Heldo Jorge dos Santos Pereira Junior