



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 17459.720001/2021-21
Recurso De Ofício e Voluntário
Acórdão nº 1302-007.002 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 21 de fevereiro de 2024
Recorrentes SPAL INDÚSTRIA BRASILEIRA DE BEBIDAS S/A
FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2016, 2017

ÁGIO. EXPECTATIVA DE RENTABILIDADE FUTURA. RECURSOS OBTIDOS POR MEIO DE MÚTUO COM CONTROLADORAS. EFETIVA EXISTÊNCIA. AMORTIZAÇÃO. POSSIBILIDADE.

A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja a expectativa de rentabilidade futura, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração, ainda que os recursos para a referida aquisição sejam obtidos por meio de operações de mútuo, efetivamente existentes, com as suas controladoras.

ÁGIO NA AQUISIÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA. FUNDAMENTO ECONÔMICO. HIPÓTESES LEGAIS. DEMONSTRATIVO. ADEQUAÇÃO.

O fundamento econômico do ágio não é de livre escolha do comprador, devendo estar enquadrado nas hipóteses previstas na legislação aplicável, e justificado em demonstrativo a ser arquivado com a escrituração contábil.

ÁGIO NA AQUISIÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA. FUNDAMENTO ECONÔMICO. ESFERAS CONTÁBIL E TRIBUTÁRIA.

O fundamento econômico do ágio pago na aquisição de participação societária, reconhecido contabilmente, não poder ser alterado, a critério do investidor, apenas para efeitos tributários.

ANTECIPAÇÃO MENSAL. FALTA/INSUFICIÊNCIA DE PAGAMENTO. MULTA ISOLADA.

Verificada a falta/insuficiência de pagamento de antecipação mensal por estimativa cabe exigir a multa isolada, que incidirá sobre o valor não recolhido.

MULTA ISOLADA. MULTA DE OFÍCIO. LEI. NOVA REDAÇÃO. FATOS GERADORES A PARTIR DE 2007.

Após a alteração de redação do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, é plenamente aplicável a multa isolada de 50% em relação à insuficiência de recolhimento de estimativas e a multa de ofício de 75% sobre o lançamento complementar. O disposto na Súmula nº 105 do CARF aplica-se aos fatos geradores pretéritos ao ano de 2007.

MÚTUO COM CONTROLADORAS. EFETIVA EXISTÊNCIA. AMORTIZAÇÕES. EXPANSÃO DAS ATIVIDADES ECONÔMICAS. DESPESAS FINANCEIRAS. DEDUTIBILIDADE.

Comprovada a efetiva existência das operações de mútuo realizadas entre o sujeito passivo e as suas controladoras, bem como dos pagamentos correspondentes à amortização das referidas dívidas, que se destinaram à expansão das atividades econômicas da mutuária, cabe reconhecer a dedutibilidade das despesas financeiras correspondentes aos juros pagos.

OPERAÇÕES EFETIVAMENTE EXISTENTES. POSSÍVEL CONTROVÉRSIA QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ÁGIO PAGO. MULTA DE OFÍCIO. QUALIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

Tratando a autuação de operações efetivamente existentes, e sendo reconhecida a existência da possibilidade de controvérsia quanto à fundamentação do ágio pago, não estão presentes as hipóteses legais que ensejam a qualificação da multa de ofício.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO (CSLL)

Ano-calendário: 2016, 2017

FUNDAMENTOS JURÍDICOS E FÁTICOS SIMILARES. APLICAÇÃO DA DECISÃO.

Estando presentes fundamentos jurídicos e fáticos similares, cabe aplicar à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, a mesma decisão adotada em relação ao Imposto de Renda da Pessoa Jurídica.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso de ofício, nos termos do relatório e voto do relator. Acordam, ainda, os membros do colegiado, quanto ao Recurso Voluntário, (i) por maioria de votos, em dar-lhe parcial provimento, para reduzir o valor das exigências fiscais relativas à glosa de despesas com amortização de ágio, vencido o Conselheiro Heldo Jorge dos Santos Pereira Júnior, que votou por dar provimento integral ao recurso, quanto a esta matéria; (ii) por voto de qualidade, em dar provimento parcial ao Recurso Voluntário, para adequar os valores da multa isolada pela ausência/insuficiência de recolhimento de estimativas mensais de IRPJ/CSLL, conforme valores consignados nos itens 1.2.1.2 e 1.2.1.3, nos termos do relatório e voto do relator, vencidos os conselheiros Maria Angélica Echer Ferreira Feijó, Sávio Salomão de Almeida Nóbrega e Heldo Jorge dos Santos Pereira Junior que votaram por dar provimento ao recurso quanto a esta matéria, para cancelar a exigência da multa isolada. Julgamento realizado após a vigência da Lei nº 14.689, de 2023, a qual deverá ser observada quando do cumprimento da decisão.

(documento assinado digitalmente)

Paulo Henrique Silva Figueiredo – Presidente e Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Wilson Kazumi Nakayama, Maria Angélica Echer Ferreira Feijó, Marcelo Oliveira, Sávio Salomão de Almeida Nóbrega, Helder Jorge dos Santos Pereira Júnior e Paulo Henrique Silva Figueiredo (presidente).

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário e Recurso de Ofício interpostos em relação ao Acórdão n.º 101-011.490, de 04 de agosto de 2021, por meio do qual a 8ª Turma da Delegacia de Julgamento da Receita Federal do Brasil 01 julgou parcialmente procedente a Impugnação apresentada pela pessoa jurídica Recorrente acima identificada.

O presente processo decorre de Autos de Infração (fls. 4.958/4.981) lavrados para a constituição de créditos tributários de Imposto de Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ) e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), em relação a períodos de apuração contidos nos anos-calendários de 2016 e 2017.

Conforme informações contidas nos referidos documentos e planilhas anexa, bem como no Termo de Verificação Fiscal (TVF) de fls. 4.894/4.956, o procedimento fiscal no qual foram lavrados os Autos de Infração “teve como objetivo verificar, para os anos-calendário de 2016 e 2017, a dedutibilidade tributária do ágio fiscal originado das aquisições das empresas Companhia Fluminense de Refrigerantes (CiaFlu) - CNPJ: 31.456.338/0001-86 (28/06/2013) e Spaipa S.A. - Indústria Brasileira de Bebidas (SPAIPA) - CNPJ: 00.904.448/0001-30 (30/08/2013), tendo como adquirente formal a fiscalizada (SPAL)”.

Concluiu-se, então, que

[...] após análise das informações e justificativas apresentadas pelo sujeito passivo, concluímos que estas reorganizações societárias não atendem aos critérios pessoal e material para *subsunção aos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, assim como aos artigos 385 e 386 do RIR/1999*, tendo sido formalizadas por meio de uma sequência de atos simulados que objetivaram o auferimento de economia tributária indevida.

Buscando-se a essência dos atos praticados, verifica-se que as aquisições das empresas CiaFlu e SPAIPA foram realizadas, **de fato**, pela controladora mexicana Coca-Cola FEMSA, embora a brasileira SPAL tenha constado formalmente como adquirente. Em resumo: a controladora decide pelo investimento, realiza os estudos de rentabilidade futura e *due diligence*, planeja a operação e a alocação de recursos, assume os riscos, e a subsidiária brasileira (SPAL) participa apenas como canal de passagem para os recursos financeiros que serão pagos aos vendedores.

Conforme jurisprudência da Câmara Superior de Recursos Fiscais do CARF, a confusão patrimonial entre a real investidora e a investida é requisito indispensável para a dedutibilidade da amortização do ágio, afastando-se situações artificiais em que a incorporação não envolve a real investidora. No presente caso, não houve confusão patrimonial entre real adquirente (Coca-Cola FEMSA) e adquiridas (CiaFlu e SPAIPA),

ou seja, investidora (FEMSA) e investimentos (incorporados ao patrimônio da SPAL), continuam existindo separadamente.

Ainda que, por hipótese, a dedução pela SPAL da amortização do ágio apurado na aquisição das empresas CiaFlu e SPAIPA fosse legítima, a fundamentação econômica do ágio fiscal reconhecido pela SPAL, integralmente como rentabilidade futura, não possui amparo legal. De acordo com os documentos apresentados e as demonstrações contábeis arquivadas na *U.S. Securities and Exchange Commission* (SEC), boa parte do que se classificou como rentabilidade futura, na verdade refere-se à aquisição de intangível com vida útil indefinida: direitos de distribuição dos produtos da marca Coca-Cola. Estes ativos não são amortizáveis, nem contábil nem tributariamente. Além disso, a escolha da fundamentação econômica do ágio fiscal nunca foi uma prerrogativa do contribuinte, que no presente caso utilizou-se de dois laudos distintos para avaliação do mesmo fato econômico, com vistas a obter vantagem fiscal indevida.

Diante do exposto, foram glosadas, na apuração do IRPJ e da CSLL, deduções com despesas financeiras relacionadas aos empréstimos com controladoras estrangeiras (arts. 299 e 374, do Decreto nº 3.000, de 1999 – RIR/99) e exclusões indevidas de despesas com amortização de ágio (arts. 7º e 8º da Lei 9.532, de 1997).

Todos os créditos tributários foram constituídos com a imposição da multa de ofício de 150% (cento e cinquenta por cento), uma vez que se entendeu configurada simulação e outras condutas dolosas.

As operações analisadas e as constatações da autoridade fiscal podem ser sintetizadas a partir dos seguintes trechos do mencionado TVF:

2 – DAS REORGANIZAÇÕES SOCIETÁRIAS QUE DERAM ORIGEM À DESPESA DE AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO

2.1 – Aquisição da empresa COMPANHIA FLUMINENSE DE REFRIGERANTES (CiaFlu):

De acordo com o Relatório Financeiro relativo ao ano-calendário de 2013 (Formulário 20-F) apresentado à *U.S Securities Exchange Commission* (SEC), pela Coca-Cola FEMSA (controladora indireta da SPAL), em agosto de 2013, a Coca-Cola FEMSA adquiriu a empresa Companhia Fluminense de Refrigerantes - CNPJ: 31.456.338/0001-86 (CiaFlu) por US\$ 448 milhões (fl. 2918):

In August 2013, we closed our acquisition of Companhia Fluminense, a family owned franchise that operates in parts of the states of São Paulo, Minas Gerais and Rio de Janeiro in Brazil. Companhia Fluminense sold approximately 56.6 million unit cases (including beer) in the twelve months ended March 31, 2013. The aggregate enterprise value of this transaction was US\$448 million and was an all-cash transaction. As part of our acquisition of Companhia Fluminense, we also acquired an additional 1.20% equity interest in Leão Alimentos. We began consolidating the results of Companhia Fluminense in our financial statements in September 2013.

De acordo com as informações prestadas ao CADE pela SPAL, no pedido de Ato de Concentração nº 08700.006056/2013-15 (fl.2638), a configuração societária da CiaFlu antes desta operação era: Porto Real SA Comercio Industria e Agropecuária CNPJ: 31.466.394/0001-00 - 71,5%; Transportadora Remon Ltda CNPJ: 28.110.203/0001-50 - 12,9%; Elizabeth Tarquinio Monteiro da Costa CPF: 654.871.687-68 - 7,3%; Luiz Eduardo Tarquinio Monteiro da Costa CPF: 301.710.917-87 - 7,2%. A aquisição de 100% das ações da CiaFlu foi formalizada por meio de Contrato de Compra e Venda de

Ações, datado de 28 de junho de 2013 (fl.608). Em 30/09/2013, a CiaFlu foi incorporada pela SPAL, que passou a amortizar o ágio pago em sua aquisição.

[...]

De acordo com o Laudo de Avaliação (SP-0256/13-01), elaborado em 27 de setembro de 2013 pela empresa Apsis Consultoria Empresarial Ltda (fls. 408/443), os “estudos apresentados realizados pela Apsis, com data base de 31 de agosto de 2013, e atendendo ao disposto nos artigos 385, §2º, inciso II, § 3º e 386, inciso III e § 6º, inciso II do Regulamento do Imposto de Renda –RIR/99, a perspectiva de rentabilidade futura de CiaFlu fundamentará o ágio relativo ao investimento realizado pela SPAL.”

Conforme sumário executivo, a partir do Fluxo de Caixa Líquido projetado da CiaFlu para 9 (nove) anos e 4 (quatro) meses, com base em um cenário conservador, e considerando perpetuidade a partir do Ano 10, foram descontados estes valores ao valor presente, utilizando taxa de desconto nominal de 12,4% a.a. e chegaram ao valor econômico da sociedade em R\$ 829.844.000,00. De acordo com o Balanço Patrimonial (Anexo I), o Patrimônio Líquido da CiaFlu em 31/08/2013 era de R\$ 12.896.301,07.

No Doc_comprobatório 6 apresentado inicialmente pela fiscalizada (fl.484), constam apenas os razonetes de contabilização desta aquisição, nos quais consta um desembolso total de R\$ 914.955.693,00 (Banco), com contrapartida nas contas Investimento CiaFlu (R\$ 12.896.301,00) e Ágio (R\$ 902.059.392,00).

[...]

Nos documentos apresentados pela fiscalizada consta o contrato de câmbio nº 114572686, datado de 26/06/2013, no valor de R\$ 998.000.000,01 (Doc 19 - fl. 2126), remetido pela empresa Kristine Oversease S.A de CV (México), a título de empréstimo a residente no Brasil. De acordo com os extratos bancários apresentados, este recurso foi creditado em 27/06/2013 na conta da SPAL nº 13-000137-5 no Banco Santander e, em 28/06/2013, foi transferido para outra conta da SPAL, de nº 13.006446-8 (fls.705/722), a partir da qual foram transferidos os valores aos vendedores, em 22/08/2013, para aquisição da CiaFlu (fls.775/776). **Restou comprovado, portanto, que o custo da aquisição da CiaFlu pela SPAL foi integralmente suportado através de recursos remetidos por sua controladora Kristine Oversease S.A de CV.**

[...]

Conforme descrito em item anterior, a Coca-Cola FEMSA, por meio de sua controlada Kristine Oversease, disponibilizou para a SPAL, via contrato de câmbio realizado em 26/06/2013, o exato valor do contrato de compra das ações da CiaFlu.

[...]

Entre os documentos apresentados, consta a proposta comercial da Apsis (SP-0256/13, fl.779), datada de 30 de julho de 2013, tendo como objeto “a elaboração de projeções financeiras para fundamentação, pela rentabilidade futura, do ágio gerado na aquisição de ações da CiaFlu, para fins de atender os artigos 385 e 386 do RIR”, ao preço de R\$ 49.000,00. Cabe aqui transcrever o item da proposta que trata da real adquirente da CiaFlu:

1. Escopo do projeto

1.1 Entendimento da situação

A FEMSA é uma empresa multinacional que fabrica e comercializa produtos de consumo na América Latina, com presença em nove países. Conforme entendimentos mantidos, a FEMSA pretende fundamentar o ágio gerado na

aquisição de ações da empresa Companhia Fluminense de Refrigerantes e procurou a Apsis para auxiliá-la na elaboração do laudo de acordo.

Conforme cópias de e-mail anexadas pela fiscalizada (fl.804), a referida proposta foi encaminhada eletronicamente em 30/07/2013, e em 09/08/2013 foi enviado outro email solicitando as informações necessárias para a elaboração do laudo. A Proposta é encaminhada a Fabiano Redondo, com cópia para Waldo Justo, ambos funcionários da controladora mexicana Coca-Cola FEMSA (emails @kof.com.mx). Em nenhuma das comunicações é sequer encaminhada cópia para qualquer funcionário da SPAL, o que denota claramente que a Coca-Cola FEMSA é a real adquirente e interpôs a SPAL, de forma simulada, como adquirente formal.

De acordo com o Report Anual (2016) apresentado pela Coca-Cola FEMSA S.A.B de C.V à Comisión Nacional Bancária y de Valores (fl.1027), o custo desta aquisição teria sido de Ps 11 milhões de pesos mexicanos, reconhecidos como custos administrativos nos demonstrativos financeiros consolidados da Coca-Cola FEMSA (Item 4.1.2, p. 279 do pdf). [...]

Portanto, a própria fiscalizada apresenta documentação comprobatória de que a decisão quanto à realização do investimento na CiaFlu foi da CocaCola FEMSA:

Resposta TI 04 (em 26/02/2018, fl.2097, p.8 do pdf)

Quanto à determinação do preço, a Requerida encaminha a apresentação elaborada para o Conselho de Administração da Coca-Cola Femsa S.A.B. de C.V., que serviu de base para que esse Conselho recomendasse aquisição da CiaFlu pela Requerida. (Doc_comprobatório 21).

Extraordinary Board of Directors Meeting June 27, 2013 (Doc 21, fl. 2139):

- We have convened this Extraordinary Board Meeting to seek approval to have Spal Industria Brasileira de Bebidas, S.A. (Spal) enter into a purchase agreement with the shareholders of Companhia Fluminense de Refrigerantes, S.A. (Fluminense) to acquire 100% of the shares of Fluminense, including its participation in Leão Alimentos e Bebidas Limitada (p.2 do pdf)*
- As with other transactions, it was conducted a due diligence prior to signing a binding SPA (p.7 do pdf)*

[...]

Como será demonstrado a seguir neste relatório, com vasta jurisprudência do CARF, a subsunção aos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, assim como aos artigos 385 e 386 do RIR/1999, exige a satisfação dos aspectos temporal, pessoal e material das hipóteses ali previstas. Portanto, se o próprio contribuinte apresenta documentação que comprova exclusivamente a participação da Coca-Cola FEMSA SAB de C.V no processo decisório de investimento na sociedade brasileira a ser adquirida pelo grupo Mexicano, empresa estrangeira responsável por financiar 100% do custo de aquisição, não resta atendido o critério pessoal para que se possa conceder o benefício fiscal pretendido pela fiscalizada (amortização de despesa de ágio), e ainda, resta comprovado que a interposição da SPAL não passou de ato simulado para ocultar o real adquirente.

[...]

Todos os demonstrativos financeiros comprovam que a aquisição da CiaFlu foi definida pelo Grupo Mexicano FEMSA, com o objetivo de reforçar sua posição de liderança no mercado mundial. A tomada de decisão, o planejamento da operação e da alocação de

recursos, os estudos de rentabilidade futura e due diligence, e a assunção dos riscos são da FEMSA e não de sua subsidiária brasileira (SPAL), que participa na operação apenas como canal de passagem para os recursos financeiros que serão pagos aos vendedores. Este aspecto implica na falta de subsunção ao quesito pessoal e material dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, assim como aos artigos 385 e 386 do RIR/1999, e denotam prática de simulação com vistas ao auferimento de economia tributária indevida.

2.2 – Aquisição da empresa SPAIPA S.A. - INDÚSTRIA BRASILEIRA DE BEBIDAS (SPAIPA)

Nas informações prestadas ao CADE pela SPAL, no pedido de Ato de Concentração nº 08700.007983/2013-52 (fl.2784) e do formulário 20-F apresentado à *U.S Securities Exchange Commission – SEC*, pela FEMSA (controladora indireta da SPAL) (fl.2898), consta que, em 29/10/2013, a SPAL havia adquirido de forma indireta a empresa Spaipa S.A. - Indústria Brasileira de Bebidas, CNPJ: 00.904.448/0001-30 (SPAIPA). A aquisição se deu de forma indireta, pois a SPAL comprou as holdings que detinham a participação na SPAIPA.

A configuração societária da SPAIPA antes desta operação era: PRSA Participações S.A, CNPJ 00.893.451/0001-03 - 60,19%; Bascar Holding Ltda, CNPJ: 08.533.519/0001-47 - 21,65%; RB Investimentos e Participações Ltda, CNPJ: 00.578.472/0001-26 - 18,16%. Desta forma, ao adquirir estas empresas, a SPAL passaria a deter indiretamente 100% da SPAIPA. Em 30/11/2013, a SPAL incorporou as empresas PRSA Participações, Bascar Holding, RB Investimentos e 99,6% da SPAIPA (Cisão Parcial), passando a amortizar fiscalmente o ágio proveniente desta aquisição a partir de dezembro de 2013.

De acordo com a Ata da AGE realizada em 11/09/2013 (fl.38), foi aprovado o aumento do capital social da SPAL no montante de R\$ 6.518.640,48, mediante a capitalização de Reserva de Incentivos Fiscais, contabilizada nas demonstrações financeiras levantadas em 31/12/2012. Com esta deliberação, o capital social passou a ser de R\$ 1.056.873.787,53.

Na AGE realizada em 23/10/2013 (fl.2531), foi aprovado o aumento de capital no valor de R\$ 743.513.750,00, mediante emissão de novas ações ordinárias, subscritas e integralizadas pelas acionistas Sucocitrico Cutrale Ltda (R\$ 66.718.750,00), Controladora Interamericana de Bebidas S.A de CV (R\$ 131.813.179,37) e Kristine Oversease S.A de CV (R\$ 545.335.712,49). Após esta deliberação, o capital social passou a ser de R\$ 1.800.387.537,53.

De acordo com a DIPJ Ex 2013 (01/10/2013 a 30/11/2013, ND 0001566157, fl.3549), o patrimônio líquido da SPAL em 30/11/2013 era de R\$ 2.459.624.086,32. Conforme Atas de AGEs realizadas em 30/09/2013 (fls.56/119), as empresas PRSA Participações, Bascar Holding, RB Investimentos foram incorporadas pelos valores de R\$ 536.038.374,98, R\$ 138.099.496,15 e R\$ 120.201.927,69, respectivamente, correspondente ao patrimônio líquido apurado conforme Laudo de Avaliação anexado ao protocolo de justificação de incorporação.

Conforme Protocolo e Justificativa de Cisão Parcial da Spaipa S.A - Indústria de Bebidas, anexa à Ata da AGE realizada em 30/11/2013 (fl.287), uma parcela do acervo líquido da SPAIPA (99,6%) foi incorporada pela SPAL pelo valor de R\$ 596.711.623,20, passando a pertencer à SPAL todos os bens, direitos e obrigações da SPAIPA em relação ao acervo líquido.

[...]

Entre os documentos apresentados pela fiscalizada em relação a esta aquisição, consta a proposta comercial da Apsis (SP-0364/13, fl.789), datada de 16 de outubro de 2013, tendo como escopo “a elaboração de projeções financeiras para fundamentação do ágio

gerado na aquisição da empresa SPAIPA pela empresa FEMSA, para fins de atender os artigos 385 e 386 do RIR”, ao preço de R\$ 53.000,00. Da mesma forma que na proposta da CiaFlu, aqui a FEMSA também é definida como a compradora, como se vê a seguir:

“1. Escopo do projeto

1.1 Entendimento da situação

A FEMSA é uma empresa multinacional que fabrica e comercializa produtos de consumo na América Latina, com presença em nove países.

Conforme entendimentos mantidos, a FEMSA adquiriu a SPAIPA e solicitou à APSIS a elaboração do laudo para fundamentação do ágio gerado nesta aquisição.

1.2 Descrição do projeto

Elaboração de projeções financeiras para fundamentação do ágio gerado na aquisição da empresa SPAIPA pela empresa FEMSA, para fins de atender os artigos 385 e 386 do Regulamento do Imposto de Renda – RIR/99 (...)” (grifos nossos)

Conforme emails anexados (fl.806), a proposta comercial enviada em 16/10/2013 foi aprovada em 22 de outubro de 2013. Observe-se que a Proposta é encaminhada a Waldo Roberto Justo e Ricardo Camargo Stauffer, e é aprovada pelo segundo, sendo ambos funcionários da controladora mexicana Coca-Cola FEMSA (emails @kof.com.mx). Em nenhuma das comunicações é encaminhada cópia para qualquer funcionário da SPAL o que denota claramente que a Coca-Cola FEMSA é a real adquirente e interpôs a SPAL, de forma simulada, como adquirente formal.

[...]

Este valor de R\$ 3.793.769.301,00 (Ágio) começou a ser amortizado em parcelas mensais de R\$ 63.299.488,35 a partir de dezembro de 2013, e R\$ 40.236.947,13 a partir de março de 2017. Assim, nos anos-calendário objeto da presente ação fiscal, foram amortizados tributariamente (por meio de exclusão no LALUR) os totais de R\$ 758.753.860,14 (2016) e R\$ 528.828.447,98 (2017) conforme Demonstrativo de Amortização apresentado (fl.4658), bem como e-LALUR e e-LACS que constam nas ECFs (fl. 4659).

De acordo com o Reporte Anual (2016) apresentado pela Coca-Cola FEMSA S.A.B de C.V à *Comisión Nacional Bancaria y de Valores* (fl.1027), o custo desta aquisição teria sido de Ps 8 milhões de pesos mexicanos, reconhecidos como custos administrativos nos demonstrativos financeiros consolidados da Coca-Cola FEMSA. Neste contexto, a fiscalizada foi intimada (item 10, TI nº 04) a apresentar todos os estudos, emails, proposta comercial, relatórios, demonstrativos e projeções elaboradas em processo de *due diligence* anterior à efetiva aquisição, que serviram de base para a definição do preço e demais condições estabelecidas no contrato de aquisição de ações (acompanhados do contrato de prestação de serviços com a(s) empresa(s) responsável(is) pela *due diligence* da operação de aquisição, contabilização dos custos e os comprovantes de pagamento por tais serviços):

Resposta TI 04

Quanto à determinação do preço, a Requerida encaminha a apresentação elaborada para o Conselho de Administração da Coca-Cola Femsa S.A.B. de C.V., que serviu de base para que esse Conselho recomendasse a aquisição da Spaipa pela Requerida. (Doc_comprobatório 23).

[...]

A aquisição da SPAIPA pela Coca-Cola FEMSA foi informada no Formulário 20-F AC 2014 apresentado à U.S. Securities and Exchange Commission – SEC (fl.3108, p.138 do pdf):

4.1.1 Acquisition of Grupo Spaipa

On October 29, 2013, the Company through its Brazilian subsidiary Spal Industria Brasileira de Bebidas, S.A. completed the acquisition of 100% of Grupo Spaipa. Grupo Spaipa is comprised of the bottler entity Spaipa S.A. Industria Brasileira de Bebidas and three Holding Companies (collectively "Spaipa") for Ps. 26,856 in an all cash transaction. Spaipa was a bottler of Coca-Cola trademark products which operated mainly in Sao Paulo and Paraná, Brazil. This acquisition was made to reinforce the Company's leadership position in Brazil.

Em resposta ao Termo de Intimação n.º 03 originário, a SPAL apresentou os documentos anexos ao contrato de compra e venda das ações da SPAIPA (fl. 1761, p.122/124/126 do pdf), entre estes anexos encontra-se o *release* de divulgação da operação em português e inglês:

[...]

De acordo com este *release* verifica-se de forma muito clara como a companhia se refere à **Coca-Cola FEMSA** como a controladora mexicana que efetivamente fez a aquisição, por meio de sua subsidiária brasileira. Também é declarado que a aquisição foi financiada através de empréstimo em instituição financeira e, por último, que a aquisição foi aprovada pelo comitê de diretores da Coca-Cola FEMSA submetido à aprovação da The Coca-Cola Company. Ou seja, mesmo *modus operandi* da aquisição da CiaFlu: a controladora mexicana decide pelo investimento, realiza os estudos de rentabilidade futura e *due diligence*, planeja a operação e a alocação de recursos, assume os riscos e a subsidiária brasileira é utilizada, de forma simulada, como canal de passagem para os recursos financeiros que serão pagos aos vendedores, ou seja, expediente ilícito com vistas ao auferimento de economia tributária indevida.

[...]

Pelo exposto, em relação à aquisição das empresas Companhia Fluminense de Refrigerantes, CNPJ: 31.456.338/0001-86 (CiaFlu) e Spaipa S.A. - Indústria Brasileira de Bebidas, CNPJ: 00.904.448/0001-30 (SPAIPA), caracterizada a situação de transferência de ágio (investidora original capitaliza recursos na empresa-veículo para que esta adquira a participação societária com ágio) e inocorrência da extinção do investimento (“confusão” ou “confluência patrimonial”) - a dedutibilidade da amortização do ágio registrado pela fiscalizada, para fins de apuração do Lucro Real e da Base de Cálculo da CSLL nos anos calendários de 2016 e 2017, não encontra suporte na legislação tributária que rege a matéria.

4 – FUNDAMENTO ECONÔMICO DO ÁGIO

Analisando as informações contidas no formulário 20-F (SEC) apresentando pela Coca-Cola FEMSA, constatou-se que houve uma classificação diversa no ágio pago na operação para seus acionistas e para a autoridade tributária brasileira, sendo que para o Fisco todo o ágio pago na operação foi classificado como baseado em rentabilidade futura. Seguem abaixo as informações contidas no 20-F AC 2014 (p.139 do pdf) sobre esta operação:

[...]

Como informado à SEC pela FEMSA, o Goodwill reconhecido na operação foi de Ps\$ 2.307 milhões (aproximadamente **R\$ 428 milhões**, considerando-se a taxa de câmbio de 0,1859 em 22/08/13), no entanto, o Goodwill reconhecido no Brasil para fins de dedutibilidade do IR seria de Ps\$ 4.581 milhões (aproximadamente **R\$ 851 milhões**).

Na aquisição da SPAIPA verificamos a mesma divergência. Seguem abaixo as informações contidas no 20-F AC 2014 (p.138 do pdf) sobre esta operação:

[...]

Como informado à SEC pela FEMSA, o Goodwill reconhecido na operação foi de Ps\$ 10.783 milhões (aproximadamente **R\$ 1.825 milhões** considerando-se a taxa de câmbio de 0,1693 em 29/10/13), no entanto, o Goodwill reconhecido no Brasil para fins de dedutibilidade do IR seria de Ps\$ 22.202 milhões (aproximadamente **R\$ 3.758 milhões**).

[...]

A classificação de um intangível com vida útil indefinida como rentabilidade futura é inaceitável. Isso é verdade tanto enquanto vigia a alínea “c” do §2º do art. 20 do DL 1.598, como a partir da sua revogação. Na hipótese de aquisição de uma participação societária que contivesse entre seus ativos, intangíveis identificáveis e separáveis, a alocação do preço pago a estes ativos não poderia ser à conta de resultados futuros, mas alocada na alínea “c”. A partir da alteração da Lei nº 6.404/1976, pela Lei nº 11.638/2007, com a edição do Pronunciamento CPC 15, o adquirente deve mensurar os ativos identificáveis adquiridos e os passivos assumidos pelos respectivos valores justos da data da aquisição para o cálculo da Mais-Valia. Portanto, o valor dos intangíveis adquiridos (direitos de distribuição) e não contabilizados na investida, serão mensurados e contabilizados na adquirente pelo seu custo de aquisição (ou valor justo, neste caso são a mesma coisa). Portanto, neste caso o valor da mais valia (valor justo) do intangível adquirido deve ser exatamente o mesmo do ágio registrado conforme alínea “c” do §2º do art. 20 do DL 1.598, o qual nunca foi e continua não sendo amortizável.

Intangíveis com vida útil indefinida são capazes de contribuir com a empresa na geração de lucros, indefinidamente. Por esta característica de não se esgotarem com o passar do tempo, não são depreciáveis ou amortizáveis, nem contábil nem tributariamente. Quando se alocam ativos sem vida útil definida ao ágio por rentabilidade futura, que tributariamente tem vida útil de no mínimo 5 anos, cria-se uma redução da base tributária que não pode ser caracterizada como despesa. A amortização, a qual se submete o ágio para o seu aproveitamento, constitui-se em espécie de gênero despesa, e, naturalmente, encontra-se submetida ao regramento geral das despesas disposto no art. 299 do RIR/99, submetendo-se aos testes de necessidade, usualidade e normalidade. [...]

[...]

Escolher o fundamento que lhe fosse mais conveniente em termos fiscais significaria dar ao contribuinte o direito de criar uma despesa que não existe, pois, uma escolha ao seu belprazer implicaria, sem qualquer lógica defensável, dar a um ativo não amortizável tributariamente (intangível de vida útil indefinida) a prerrogativa de sê-lo (ágio por rentabilidade futura). A fiscalizada agiu com dolo, utilizando dois Laudos de Avaliação, cada qual com um fundamento econômico diferente, uma para efeitos societários e outro para reduzir sua carga tributária de forma fraudulenta, mediante declaração falsa ao Fisco.

[...]

Mesmo que, hipoteticamente, se considerasse que a incorporação da CiaFlu e da SPAIPA atendiam aos pressupostos da Lei nº 9.532/97, a classificação de intangíveis como rentabilidade futura, no presente caso, foi prática desleal perante o Fisco. Não

existe, como aqui demonstrado, qualquer normativo que autorizasse considerar intangíveis de vida útil indefinida como rentabilidade futura. A existência de dois laudos – um fiscal e outro contábil – dando versões diferentes para os mesmos fatos, reflete a ação dolosa no sentido de reduzir o montante do imposto.

Concluindo, ainda que se admitisse o aproveitamento fiscal de parte do ágio apurado pelo contribuinte, este deveria ser calculado mediante subtração dos intangíveis reconhecidos pela Coca-Cola FEMSA em suas demonstrações financeiras consolidadas e lastreados nos Laudos de Avaliação supracitados, nos exatos termos do art. 7º da Lei n.º 9.532/97, aplicável aos fatos em análise (Lei n.º 12.973/2014, art. 65).

[...]

Portanto, em relação aos períodos de apuração encerrados em 31/12/2016 e 31/12/2017 serão efetuados os lançamentos referentes à exclusão indevida do Lucro Real e da Base de Cálculo da CSLL no valor de R\$ 922.047.718,32 em 2016 (Ágio CiaFlu – R\$ 163.293.858,09 e SPAIPA – R\$ 758.753.860,14) e R\$ 639.446.868,02 em 2017 (Ágio CiaFlu – R\$ 110.618.420,00 e SPAIPA – R\$ 528.828.447,98).

6 – DESPESAS FINANCEIRAS

Por meio do Termo de Intimação n.º 04 (atual), de 14/06/2020, a fiscalizada foi intimada a apresentar demonstrativo contendo relação de despesas financeiras incorridas sobre os empréstimos consideradas na apuração do Lucro Líquido nos anos-calendário de 2016 e 2017, relativas à aquisição das empresas Companhia Fluminense de Refrigerantes (CiaFlu), CNPJ n.º 31.456.338/0001-86 e Spaipa S/A - Indústria Brasileira de Bebidas (SPAIPA), CNPJ n.º 00.904.448/0001-30, bem como apontar as linhas e registros da ECF em que foram lançadas as despesas mencionadas, com detalhamento mensal da parcela utilizada na apuração do IRPJ e da CSLL, e apresentar demonstrativo prestando informações sobre cada contrato de mútuo (valor total, parcelas pagas e saldo remanescente).

[...]

No presente caso, podemos afirmar que os recursos obtidos através de empréstimos com as controladoras estrangeiras foram aplicados na atividade fim da SPAL, para geração de lucros? Resta evidente que não. Os recursos levantados foram imediatamente repassados aos antigos controladores das empresas adquiridas.

[...]

Inquestionável que tais empréstimos não eram necessários para a SPAL desempenhar suas atividades. Os recursos não foram empregados na expansão dos seus negócios, na melhoria das suas instalações, na promoção de suas atividades, no pagamento de suas próprias dívidas e nem no aumento de seu capital de giro. Em verdade, a SPAL não se beneficiou de um centavo sequer desses recursos, visto que todo o montante foi pago aos antigos proprietários das empresas adquiridas.

Uma vez demonstrado que a real adquirente – direta ou indiretamente - foi a controladora mexicana Coca-Cola FEMSA, também não se aplica à SPAL a dedução com base no art. 374 do RIR/99 (aquisição de investimentos).

Justifica-se também a glosa da dedução pretendida pela SPAL em razão do desconhecimento do tratamento fiscal dispensado a estes empréstimos no país de domicílio do real adquirente. Não sabemos nem a origem dos recursos emprestados pelas controladoras estrangeiras. No release supracitado consta que o financiamento das aquisições da CiaFlu e SPAIPA se deu através de empréstimos bancários. Dos cinco bilhões de reais investidos no país, quanto foi obtido através de empréstimos no exterior? Qual a taxa de juros destes empréstimos obtidos no exterior? Qual o

tratamento tributário submetido pelo grupo FEMSA aos empréstimos concedidos às suas subsidiárias domiciliadas em outros países? Conforme consta no Relatório Financeiro informado pela Coca-Cola FEMSA à SEC, estes financiamentos possuem significativa influência nos resultados financeiros divulgados pelo grupo econômico em seus balanços consolidados:

[...]

Em conclusão, as despesas financeiras vinculadas aos empréstimos concedidos pelas controladoras estrangeiras operam exclusivamente em favor destas, não sendo necessárias para a fiscalizada. Assim, não configuram despesas dedutíveis para a SPAL, nos termos dos artigos 299 e 374 do RIR/99. Os valores deduzidos indevidamente a este título na apuração do Lucro Real e da Base de Cálculo da CSLL nos anos calendários de 2016 e 2017 serão glosados através do Auto de Infração, quais sejam, **R\$ 180.335.704,13** em 2016 e **R\$ 170.580.540,47** em 2017.

7 – DAS MULTAS ISOLADAS

[...]

Nos anos-calendário de 2016 e 2017, a fiscalizada apurou as estimativas mensais com base em balanço ou balancete de suspensão ou redução. Nessa modalidade, as glosas mensais relativas à amortização do ágio e despesas financeiras implicam o recálculo das estimativas, com a consequente aplicação da multa isolada incidente sobre o valor mensal não recolhido, como determinado pelo art. 44 da Lei 9.430/95.

Portanto, nos recálculos das estimativas, as glosas das despesas indevidamente deduzidas/excluídas serão acrescidas às bases de cálculo mensais do IRPJ e da CSLL declaradas pelo sujeito passivo nas respectivas fichas da ECF. Assim, serão apuradas nesta fiscalização as multas isoladas pelo não recolhimento das diferenças entre as estimativas declaradas nas ECF e aquelas devidas, após a recomposição das bases de cálculo decorrentes das glosas aqui realizadas. Isto posto, demonstramos, através de Planilha Anexa ao termo, o cálculo das multas isoladas a serem lançadas pela falta de recolhimento das estimativas calculadas levando-se em conta a glosa das deduções mensais dos encargos de amortização do ágio originado pelas aquisições das empresas CiaFlu e SPAIPA, além das despesas financeiras com empréstimos com controladoras relacionados a estas aquisições, baseadas nas informações constantes nas ECFs (2016 e 2017).

8 – DA QUALIFICAÇÃO DA MULTA

[...]

Em relação à adoção de critérios distintos para fundamentação econômica do ágio, estamos diante de uma conduta dolosa com propósito evidente de excluir ou modificar as características essenciais do fato gerador. Houve a aquisição com sobrepreço lastreada em Laudo de Avaliação dos ativos, elaborado por empresa de auditoria, com o propósito de alocar cada valor em relação aos itens do ativo, reavaliados a valor de mercado (valor justo). Contudo, para fins fiscais, a empresa apresenta outro Laudo, com alocação integral do sobrepreço como rentabilidade futura e passa a amortizar este ágio com base no inciso III do art. 386 do RIR/99. [...]

Resta evidenciado neste relatório que o Laudo de Avaliação alocando o sobrepreço à rentabilidade futura foi elaborado exclusivamente para simular a situação prevista na hipótese legal para dedutibilidade do ágio. Altera-se a realidade dos fatos (aquisição de ativos avaliados a valor justo), alocando-se o ágio na fundamentação que permita a maior redução da carga fiscal, em total desconformidade com o princípio da primazia da essência sobre a forma. Na presente auditoria, foram apresentados dois laudos, com valores distintos para o goodwill (expectativa de rentabilidade futura) – a confrontação

de um laudo com o outro revela que um deles contém informação não verdadeira – que permitem à autoridade administrativa provar que o laudo que atesta para fins fiscais o fundamento econômico do ágio não condiz com a realidade econômica do ágio e se enquadra na hipótese de negócio jurídico simulado, nos termos do art. 167, §1º, inciso II do Código Civil.

[...]

Diante do exposto, deve ser aplicada a multa qualificada, uma vez, que o conjunto probatório dos autos revela a intenção de reduzir o tributo de maneira artificial, ou seja, configura a hipótese de fraude fiscal prevista no art. 72 da Lei nº 4.502/1964.

Ao final do TVF, a autoridade fiscal fez constar, ainda, a existência de saldos de prejuízos fiscais e bases de cálculo negativas da CSLL relativos a períodos anteriores, os quais não foram compensados na autuação, em atendimento a expressa manifestação do sujeito passivo.

Após a ciência, a atuada apresentou a Impugnação de fls. 5.000/5.127, por meio da qual sustenta, sinteticamente, o seguinte:

- (i) “REGULARIDADE E EFETIVIDADE DA AQUISIÇÃO DA COMPANHIA FLUMINENSE DE REFRIGERANTES E DA AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO CORRESPONDENTE”;
- (ii) “REGULARIDADE E EFETIVIDADE DA AQUISIÇÃO DA Spaipa S.A. INDÚSTRIA BRASILEIRA DE BEBIDAS E AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO CORRESPONDENTE”;
- (iii) “confusão patrimonial e INEXISTÊNCIA DE EMPRESA VEÍCULO E DA IMPUGNANTE COMO REAL ADQUIRENTE”;
- (iv) “A existência de razões econômicas para a operação e fundamentação econômica para o ágio”;
- (v) “DEDUTIBILIDADE DAS DESPESAS FINANCEIRAS” glosadas;
- (vi) “DESCABIMENTO DA QUALIFICAÇÃO DOS ATOS PRATICADOS PELA IMPUGNANTE COMO SIMULAÇÃO”;
- (vii) “INAPLICABILIDADE DO ABUSO DE DIREITO EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA E AO PRESENTE CASO”;
- (viii) A impossibilidade de confusão do planejamento tributário com a aplicação direta de benefício tributário previsto em lei;
- (ix) “IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE MULTA ISOLADA”;
- (x) “IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE MULTA QUALIFICADA”;
- (xi) “ILEGALIDADE DA COBRANÇA DE JUROS SOBRE A MULTA”.

Ao final, subsidiariamente ao pedido de integral cancelamento do lançamento, pugna pela inaplicabilidade da multa isolada em relação aos períodos em que há lançamento de

multa de ofício; pela redução da multa de ofício ao patamar de 75% (setenta e cinco por cento); pela inaplicabilidade de juros de mora sobre as multas; e pelo restabelecimento dos saldos de prejuízos fiscais e bases de cálculo negativas da CSLL ajustados na autuação.

Na decisão de primeira instância (fls. 5.468/5.540), apontou-se, inicialmente, para a necessidade de confusão patrimonial entre investida e investidora, para que se possibilitasse a dedutibilidade da amortização do ágio baseado em expectativa de rentabilidade futura, na apuração do Lucro Real. Além disso, seria necessário o “**sacrifício patrimonial** da pessoa jurídica incorporada ou da pessoa jurídica incorporadora”. Finalmente, destacou-se a prevalência da essência sobre a forma, a fim de afastar documentos destinados a dissimular arranjos societários artificiais destinados a burlar a legislação atinente à dedutibilidade do referido ágio.

A partir disto, e dos elementos de prova contidos nos autos, concluiu-se que, nas operações de aquisição da CiaFlu e da SPAIPA, a investidora de fato foi a FEMSA, mantendo-se a glosa da despesa com ágio.

Adicionalmente, apontou-se que, mesmo que a dedução do referido ágio fosse legítima, não haveria amparo legal para que, integralmente, possuísse fundamentação econômica em rentabilidade futura, já que

[...] boa parte do que se classificou como rentabilidade futura, na verdade refere-se à aquisição de intangível com vida útil indefinida: direitos de distribuição dos produtos da marca Coca-Cola. Estes ativos não são amortizáveis, nem contábil nem tributariamente. Além disso, a escolha da fundamentação econômica do ágio fiscal nunca foi uma prerrogativa do contribuinte, que no presente caso utilizou-se de dois laudos distintos para avaliação do mesmo fato econômico, com vistas a obter vantagem fiscal indevida.

Concluiu-se, então, que os valores não seriam amortizáveis nem contábil nem tributariamente, de acordo com o inciso II do art. 7º da Lei n 9.532, de 1997, de modo que restou prejudicada a matéria referente à redução da glosa.

No que tange à dedutibilidade das “despesas financeiras (juros) vinculadas aos empréstimos concedidos pelas controladoras estrangeiras”, considerou-se que estavam presentes os “requisitos de **necessidade**, **usualidade** e **normalidade** que autorizam a dedutibilidade das referidas Despesas”, bem como que ausente subcapitalização, de modo que revertida a glosa perpetrada pela autoridade fiscal.

Foi exonerada, ainda, a exigência da multa qualificada, na medida em que as operações analisadas seriam todas reais e teriam ocorrido às claras, sem simulação, dolo ou fraude, inclusive quanto à acusação de “empresa veículo” e quanto à utilização dos laudos.

Finalmente, foi corroborada a incidência dos juros de mora sobre a multa de ofício e sobre as multas isoladas, mantida a exigência destas últimas.

Por força do valor exonerado, recorreu-se de ofício ao CARF, nos termos do art. 34 do Decreto nº 70.235, de 1972, e Portaria MF nº 63, de 2017.

Cientificada da decisão, a pessoa jurídica autuada interpôs o Recurso Voluntário de fls. 5.561.5.634, no qual (i) sustenta, a partir de diversos fundamentos, a sua condição de efetiva adquirente da CiaFlu e SPAIPA; (ii) defende que o fundamento econômico do ágio foi,

exclusivamente, a expectativa de lucratividade futura; (iii) e, subsidiariamente, pleiteia a exoneração da multa isolada pela falta de recolhimentos de estimativas de IRPJ e CSLL.

A Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) apresentou Contrarrazões (fls. 5.760/5.844), em que argui a impossibilidade de dedução dos ágios gerados nas aquisições da CiaFlu e SPAIPA, em decorrência do não cumprimento das condições e requisitos impostos pelos arts. 385 e 386 do RIR/99. Reforça que a real adquirente das citadas companhias seria a Coca-Cola FEMSA, que a Recorrente seria mera empresa veículo nas operações, e que não teria existido a confusão patrimonial entre investidora e investida. Em adição, sustenta que o fundamento econômico do ágio amortizado é o ativo intangível (“direitos de distribuição”), não sendo possível ser alterado livremente pelo contribuinte.

No que tange à matéria objeto do Recurso de Ofício, a PGFN defende que as despesas com pagamento de juros do financiamento referente às aquisições não atenderiam ao interesse das atividades da Recorrente, de modo que seriam indedutíveis na apuração do IRPJ e da CSLL. Ademais, não se estaria diante de mero equívoco de interpretação da legislação tributária no aproveitamento do ágio, mas sim de “efetivo e comprovado dolo tributário”, de modo que justificada a qualificação da multa de ofício. Por fim, sustenta a possibilidade de cumulação da multa isolada com a multa de ofício após a edição da Medida Provisória nº 351, de 2007.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Paulo Henrique Silva Figueiredo, Relator

1 DO RECURSO VOLUNTÁRIO

1.1 DA ADMISSIBILIDADE DO RECURSO

O sujeito passivo foi cientificado da decisão de primeira instância, por via eletrônica, em 17 de setembro de 2021 (fls. 5.556/5.557), tendo interposto seu Recurso Voluntário, em 15 de outubro do mesmo ano (fl. 5.558), dentro, portanto, do prazo de 30 (trinta) dias previsto no art. 33 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972.

O Recurso é assinado por procuradora da pessoa jurídica, devidamente constituída.

A matéria objeto do Recurso está contida na competência da 1ª Seção de Julgamento do CARF, conforme Arts. 43, incisos I, II e IV, do Regimento Interno do CARF (RI/CARF), aprovado pela Portaria MF nº 1.634, de 21 de dezembro de 2023.

Isto posto, o Recurso é tempestivo e preenche os requisitos de admissibilidade, portanto, dele tomo conhecimento.

1.2 DO MÉRITO

Após a decisão de primeira instância, ficaram mantidas as glosas relacionadas às despesas de amortização dos ágios pagos nas aquisições da Cia Flu e SPAIPA, bem como a exigência da multa isolada pelo não recolhimento de estimativas de IRPJ e CSLL (excetuada a parcela correspondente à glosa de despesas financeiras).

Passaremos a tratar, isoladamente, de cada uma das referidas exigências, sendo que, por óbvio, alguns fundamentos aproveitarão a ambos ágios amortizados pela Recorrente.

1.2.1 Da amortização de ágios por expectativa de rentabilidade futura

1.2.1.1 Do tratamento na legislação tributária

Até 1997, a legislação tributária se limitava basicamente a conceituar o ágio surgido na aquisição de participações societárias e detalhar a sua forma de desdobramento na escrituração comercial, conforme arts. 20 e 21 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, que, à época dos fatos geradores tratados nos presentes autos, possuía a seguinte redação:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

§ 4º - As normas deste Decreto-lei sobre investimentos em coligada ou controlada avaliados pelo valor de patrimônio líquido aplicam-se às sociedades que, de acordo com a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, tenham o dever legal de adotar esse critério de avaliação, inclusive as sociedades de que a coligada ou controlada participe, direta ou indiretamente, com investimento relevante, cuja avaliação segundo o mesmo critério seja necessária para determinar o valor de patrimônio líquido da coligada ou controlada. (Revogado pelo Decreto-lei nº 1.648, de 1978).

Art 21 - Em cada balanço o contribuinte deverá avaliar o investimento pelo valor de patrimônio líquido da coligada ou controlada, de acordo com o disposto no artigo 248 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e as seguintes normas:

I - o valor de patrimônio líquido será determinado com base em balanço patrimonial ou balancete de verificação da coligada ou controlada levantado na mesma data do balanço do contribuinte ou até 2 meses, no máximo, antes dessa data, com observância da lei comercial, inclusive quanto à dedução das participações nos resultados e da provisão para o imposto de renda.

II - se os critérios contábeis adotados pela coligada ou controlada e pelo contribuinte não forem uniformes, o contribuinte deverá fazer no balanço ou balancete da coligada ou controlada os ajustes necessários para eliminar as diferenças relevantes decorrentes da diversidade de critérios;

III - o balanço ou balancete da coligada ou controlada levantado em data anterior à do balanço do contribuinte deverá ser ajustado para registrar os efeitos relevantes de fatos extraordinários ocorridos no período;

IV - o prazo de 2 meses de que trata o item I aplica-se aos balanços ou balancetes de verificação das sociedades, de que trata o § 4º do artigo 20, de que a coligada ou controlada participe, direta ou indiretamente.

IV - o prazo de 2 meses de que trata o item aplica-se aos balanços ou balancetes de verificação das sociedades de que a coligada ou controlada participe, direta ou indiretamente, com investimentos relevantes que devam ser avaliados pelo valor de patrimônio líquido para efeito de determinar o valor de patrimônio líquido da coligada ou controlada. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 1.648, de 1978).

V - o valor do investimento do contribuinte será determinado mediante a aplicação, sobre o valor de patrimônio líquido ajustado de acordo com os números anteriores, da porcentagem da participação do contribuinte na coligada ou controlada.

Naquele período, a principal relevância do tema dizia respeito aos reflexos do ágio na apuração do ganho de capital, por ocasião da alienação dos investimentos, o que era regulado pelos arts. 25 e 33 do citado Decreto-Lei nº 1.598, de 1977.

Com a Medida Provisória nº 1.602, de 1997, surge dispositivo específico para o tratamento das hipóteses de incorporação de pessoa jurídica em que se detenha participação societária adquirida com ágio. Conforme o item 11 da Exposição de Motivos daquela Norma, o referido regramento foi assim justificado:

Atualmente, pela inexistência de regulamentação legal relativa a esse assunto, diversas empresas, utilizando dos já referidos "planejamentos tributários", vêm utilizando o expediente de adquirir empresas deficitárias, pagando ágio pela participação, com a finalidade única de gerar ganhos de natureza tributária mediante o expediente, nada ortodoxo, de incorporação da empresa lucrativa pela deficitária.

Com as normas previstas no Projeto, esses procedimentos não deixarão de acontecer, mas, com certeza, ficarão restritos às hipóteses de casos reais, tendo em vista o desaparecimento de toda vantagem de natureza fiscal que possa incentivar a sua adoção exclusivamente por esse motivo.

Há doutrinadores, porém, que apontam que a norma em questão visava impulsionar o Programa Nacional de Desestatização do Governo Federal, estimulando, com benefícios tributários, as reorganizações societárias.

Tal divergência não é relevante ao caso, sendo certo que a Lei nº 9.532, de 1997 (conversão da citada Medida Provisória), possuía a seguinte redação, à época das operações aqui tratadas:

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

I - deverá registrar o valor do ágio ou deságio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "a" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei n.º 1.598, de 1977, em contrapartida à conta que registre o bem ou direito que lhe deu causa;

II - deverá registrar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "c" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei n.º 1.598, de 1977, em contrapartida a conta de ativo permanente, não sujeita a amortização;

III - poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do §2º do art. 20 do Decreto-lei n.º 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração; (Redação dada pela Lei n.º 9.718, de 1998)

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

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

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

- a) o ágio, em conta de ativo diferido, para amortização na forma prevista no inciso III;
- b) o deságio, em conta de receita diferida, para amortização na forma prevista no inciso IV.

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

- a) será considerado custo de aquisição, para efeito de apuração de ganho ou perda de capital na alienação do direito que lhe deu causa ou na sua transferência para sócio ou acionista, na hipótese de devolução de capital;
- b) poderá ser deduzido como perda, no encerramento das atividades da empresa, se comprovada, nessa data, a inexistência do fundo de comércio ou do intangível que lhe deu causa.

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

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

Art. 8º O disposto no artigo anterior aplica-se, inclusive, quando:

- a) o investimento não for, obrigatoriamente, avaliado pelo valor de patrimônio líquido;

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

O art. 25 do Decreto-Lei n.º 1.598, de 1977, por sua vez, trata da relação da referida amortização com o Lucro Real:

Art. 25 - As contrapartidas da amortização do ágio ou deságio de que trata o artigo 20 não serão computadas na determinação do lucro real, ressalvado o disposto no artigo 33. (Redação dada pelo Decreto-lei n.º 1.730, 1979)

No bojo do alinhamento da legislação nacional às normas internacionais de contabilidade, os arts. 20 e 25 do Decreto-Lei n.º 1.598, de 1977, foram modificados pela Lei n.º 12.973, de 2014, sendo que, uma vez que tais alterações se deram em data posterior às operações de que tratam os presentes autos, nenhum reflexo possuem na análise em curso, em especial diante do teor do art. 65 da referida Lei, que dispõe que as “disposições contidas nos arts. 7º e 8º da Lei n.º 9.532, de 10 de dezembro de 1997, e nos arts. 35 e 37 do Decreto-Lei n.º 1.598, de 26 de dezembro de 1977, continuam a ser aplicadas somente às operações de incorporação, fusão e cisão, ocorridas até 31 de dezembro de 2017, cuja participação societária tenha sido adquirida até 31 de dezembro de 2014”, abrangendo, indubitavelmente, os fatos aqui analisados.

1.2.1.2 Do ágio na aquisição da CiaFlu

A primeira Infração apontada no Termo de Verificação Fiscal (TVF) de fls. 4.894/4.956, está relacionada à aquisição da Companhia Fluminense de Refrigerantes (CiaFlu). Para a autoridade fiscal, as provas reunidas demonstram que todo o processo decisório relativo à aquisição em questão teve a exclusiva participação da empresa estrangeira Coca-Cola FEMSA SAB de C.V, que teria sido, também, a responsável por financiar a totalidade do custo de aquisição. A pessoa jurídica Recorrente teria sido mero “canal de passagem para os recursos financeiros” que foram pagos aos vendedores.

Para evitar a repetição dos trechos transcritos no Relatório do presente Voto, sintetizo os fatos descritos no TVF:

- (i) A Coca-Cola FEMSA (controladora indireta da SPAL), informou em Formulário apresentado à *U.S Securities Exchange Comission (SEC)* que adquiriu, em agosto de 2013, a CiaFlu por US\$ 448 milhões;
- (ii) Em 30 de setembro de 2013, a SPAL incorporou a CiaFlu e passou a amortizar o ágio pago em sua aquisição;
- (iii) De acordo com a resposta apresentada ao Termo de Intimação Fiscal n.º 01 (item 04), todos os recursos utilizados na aquisição, no montante de R\$ 901.311.951,81, foram oriundos de contratos de mútuo entre a SPAL e suas controladoras;
- (iv) Os documentos apresentados comprovam que a SPAL recebeu, em 27 de junho de 2013, repasse no valor de R\$ 998.000.000,01, proveniente da empresa Kristine Oversease S.A de CV (México), que suportou a transferência realizada em 22 de agosto de 2013 aos vendedores da CiaFlu;

- (v) Nos termos do “CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE AÇÕES”, assinado em 28 de junho de 2013, no qual o preço de aquisição da CiaFlu é fixado em R\$ 998.000.000,00, a Coca-Cola FEMSA S.A.B. de C.V (controladora indireta da Kristine Oversease) consta como interveniente e “Garantidora da Compradora”, garantindo “o integral e pontual cumprimento de todas as obrigações assumidas” pela SPAL;
- (vi) A proposta comercial elaborada pela empresa responsável pelo laudo de avaliação para a aquisição da CiaFLu se refere à FEMSA como demandante. Além disso, as comunicações relativas à elaboração do referido laudo são dirigidas para funcionários da controladora mexicana Coca-Cola FEMSA;
- (vii) Em resposta a intimação para a apresentação de documentos relativos ao processo de *due diligence* para a aquisição da Cia Flu, a Recorrente forneceu apresentação (em língua inglesa) datada de 27 de junho de 2013 direcionada à aprovação do Conselho de Administração da Coca-Cola FEMSA;
- (viii) A Recorrente foi intimada a apresentar “atas de reuniões, relatórios, e-mails, entre outros documentos, que identificassem em quais instâncias gerenciais da companhia e quais diretores e/ou membros do conselho de administração participaram do processo de avaliação, aquisição e incorporação das empresas CiaFlu e SPAIPA e decidiram pela exclusão de amortização do ágio na apuração do IRPJ e Base de Cálculo da CSLL”, mas se limitou a responder que não houve formalização da decisão pela referida exclusão, por se tratar de procedimento regulado pela legislação fiscal brasileira;
- (ix) Nas informações prestadas pela Coca-Cola FEMSA às autoridades dos Estados Unidos da América, ficaria claro que a estratégia de aquisições na América Latina seria uma decisão conjunta daquela Companhia e de The Coca-Cola Company.

Assim, conforme já relatado, conclui a autoridade fiscal:

Todos os demonstrativos financeiros comprovam que a aquisição da CiaFlu foi definida pelo Grupo Mexicano FEMSA, com o objetivo de reforçar sua posição de liderança no mercado mundial. A tomada de decisão, o planejamento da operação e da alocação de recursos, os estudos de rentabilidade futura e *due diligence*, e a assunção dos riscos são da FEMSA e não de sua subsidiária brasileira (SPAL), que participa na operação apenas como canal de passagem para os recursos financeiros que serão pagos aos vendedores. Este aspecto implica na falta de subsunção ao quesito pessoal e material dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, assim como aos artigos 385 e 386 do RIR/1999, e denotam prática de simulação com vistas ao auferimento de economia tributária indevida.

No julgamento dos processos administrativos que envolvem operações realizadas por meio de reorganizações societárias, tenho sempre defendido o direito de os contribuintes organizarem livremente as suas atividades, no sentido de que, entre duas opções igualmente válidas, não estão estes obrigados a optarem por aquela tributariamente mais onerosa.

Tal liberdade, entretanto, não significa uma permissão para a criação de situações totalmente fictícias, nas quais a vontade declarada para realizá-las se mostra completamente dissociada daquilo que, efetivamente, verifica-se.

Por tal razão, entendo que, a depender das circunstâncias envolvidas, as operações podem configurar elisão tributária lícita e eficaz, elusão tributária (consistente na elisão tributária lícita, mas ineficaz) ou mesmo evasão tributária¹, sem adotar a tese de que apenas as situações ilícitas (civil ou penalmente) podem ser consideradas inoponíveis ao Fisco.

A partir daí, tenho historicamente repellido a possibilidade de amortização de ágio com base em expectativa de rentabilidade futura quando há o envolvimento de empresa financiadora situada no exterior e o emprego de empresa-veículo em território nacional, tão somente para receber os recursos, efetuar o pagamento e participar da operação de incorporação juntamente com a investida.

A razão para tanto é que a possibilidade de amortização fiscal do ágio trazida pelos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997 tem como foco a junção entre a pessoa jurídica que suportou o sacrifício pelo ágio pago na aquisição da participação societária e esta sociedade investida.

No caso em apreciação, contudo, considero que estão presentes alguns elementos distintivos:

- (i) A Recorrente é pessoa jurídica economicamente ativa há muitos anos no interior do grupo econômico por ela integrado e no setor de atuação da empresa investida, não se tratando, portanto, de “empresa de gaveta/prateleira” ou de empresa recém constituída ou recém adquirida, apenas, para preencher os requisitos da legislação;
- (ii) Conforme demonstram os demonstrativos contábeis da Recorrente, mesmo antes da Incorporação, tratava-se de empresa de grande porte, com resultado em 2012 de R\$ 543 milhões e patrimônio líquido, na mesma data, de R\$ 1,97 bilhões;
- (iii) Os valores transferidos à Recorrente por sua Controladora não são utilizados para aumento ou integralização de capital. Conforme expresso no TVF, a Incorporadora apenas declarou extinto o seu investimento direto na Incorporada;
- (iv) São trazidos aos autos provas de que a Recorrente vinha realizando (ao tempo da interposição do Recurso Voluntário) a liquidação junto a sua controladora dos valores obtidos para a aquisição da CiaFLu, tanto assim que parte do lançamento se refere à glosa dos juros pagos sobre o mútuo em questão. Neste sentido, a obtenção de recursos junto à Controladora se deu meramente como meio de financiamento (o que, obviamente, não pode ser vedado) e o sacrifício financeiro foi, de fato, suportado pela pessoa jurídica incorporadora (embora que posteriormente à aquisição).

¹ Adoto aqui a classificação proposta por Marciano Seabra de Godoi (Planejamento Tributário in Hugo de Brito Machado (coord.) Planejamento Tributário. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 480

Não há aqui a acusação de utilização de taxas de juros irreais para gerar artificialmente despesas financeiras no Brasil.

É verdade que a autoridade fiscal busca, ainda, comprovar, que todo o processo decisório para a aquisição da CiaFlu foi tomado pelas controladoras da Recorrente. De fato, são reunidos inúmeros elementos neste sentido. Não obstante, em se tratando de um gigantesco grupo econômico multinacional, não são infundadas as justificativas apresentadas pela Recorrente para a utilização de contas de e-mail da corporação estrangeira, bem como para a aprovação da aquisição por parte de suas controladoras. Aliás, tal aprovação é mais que justificada na medida em que seriam a fonte dos recursos aplicados diretamente na operação. Na própria decisão de primeira instância se reconhece que tais elementos “tiveram pouca relevância” para as conclusões ali exaradas.

O conjunto dos elementos reunidos me convence de que, no caso sob análise, está configurada a aquisição da CiaFlu pela Recorrente, sendo que, para tanto, buscou recursos financeiros junto a suas controladoras (em lugar de operar no mercado financeiro), cuja quitação vem realizando (realizou?), de modo que, após a Incorporação da companhia adquirida, estão presentes todos os elementos que justificam a possibilidade de amortização do ágio fiscal pago na operação, com base na expectativa de rentabilidade futura.

A autoridade fiscal, contudo, valeu-se de um segundo fundamento para glosar a amortização do ágio referente à aquisição da CiaFlu. Para ela, “houve uma classificação diversa no ágio pago na operação para seus acionistas e para a autoridade tributária brasileira, sendo que para o Fisco todo o ágio pago na operação foi classificado como baseado em rentabilidade futura”. Segue o detalhamento da questão, conforme contido no TVF:

Como informado à SEC pela FEMSA, o Goodwill reconhecido na operação foi de Ps\$ 2.307 milhões (aproximadamente R\$ 428 milhões, considerando-se a taxa de câmbio de 0,1859 em 22/08/13), no entanto, o Goodwill reconhecido no Brasil para fins de dedutibilidade do IR seria de Ps\$ 4.581 milhões (aproximadamente R\$ 851 milhões).

[...]

Tendo em vista a diferença de valores referente à apuração do Goodwill informado à SEC no Formulário 20F, em contrapartida ao informado à RFB para fins de amortização de ágio, tanto na aquisição da CiaFlu, quanto na aquisição da SPAIPA, o contribuinte foi intimado no decorrer da fiscalização originária, através do TI nº 01 (item 06) a esclarecer/demonstrar se os ativos "Distribution Rights" estavam registrados contabilmente nas empresas adquiridas e, caso não estivessem devidamente detalhados nos respectivos Laudos de Avaliação (consignados no Termo de Início de Fiscalização), apresentar os demonstrativos de cálculo dos valores informados à SEC (\$Ps 2,077 na CiaFlu; \$Ps 11,872 na SPAIPA).

Em sua resposta, o contribuinte apenas anexou os demonstrativos (fls.777/778), sem nenhuma justificativa para o fato de os contratos de engarrafamento (Distributin Rights) terem sido avaliados por valor justo no demonstrativo apresentado à SEC e, ao contrário, terem sido incluídos no valor de rentabilidade futura (goodwill) informado à RFB.

[...]

No Formulário 20 (SEC), apresentado pela Coca-Cola FEMSA confirma-se a identificação, mensuração e registro dos contratos de distribuição como ativos intangíveis testados anualmente por impairment (fl.808, p.165 do pdf).

No mesmo formulário (pp. 12 e 50), confirma-se a renovação automática destes contratos de distribuição, razão pela qual são considerados nos Laudos de Avaliação como intangíveis de vida útil indefinida e, portanto, não sujeitos a amortização.

Em síntese, o contribuinte alega que, para fins fiscais, houve mensuração do valor de compra pelo fluxo de caixa descontado, sendo que toda a diferença entre o custo de aquisição e o valor contábil do patrimônio líquido das empresas adquiridas foi atribuída à rentabilidade futura. Para fins societários/contábeis, no entanto, houve a prévia avaliação a valor justo de todos os ativos e passivos identificáveis, sendo o goodwill avaliado pelo valor residual.

A fiscalização entendeu que mesmo considerando, hipoteticamente, que a incorporação da CiaFlu e da SPAIPA atendiam aos pressupostos da Lei n.º 9.532/97, a classificação de intangíveis como rentabilidade futura, no presente caso, foi prática desleal perante o Fisco, pois não existe, qualquer normativo que autorizasse considerar intangíveis de vida útil indefinida como rentabilidade futura. A existência de dois laudos - um fiscal e outro contábil - dando versões diferentes para os mesmos fatos, reflete a ação dolosa no sentido de reduzir o montante do imposto.

A fiscalização concluiu, ainda que se admitisse o aproveitamento fiscal de parte do ágio apurado pelo contribuinte, este deveria ser calculado mediante subtração dos intangíveis reconhecidos pela Coca-Cola FEMSA em suas demonstrações financeiras consolidadas e lastreados nos Laudos de Avaliação supracitados, nos exatos termos do art. 7.º da Lei n.º 9.532/97, aplicável aos fatos em análise (Lei n.º 12.973/2014, art. 65)

A Recorrente, por seu turno, defende que a acusação fiscal, referendada pela decisão de primeira instância, não procede, uma vez que, na legislação aplicável à época da aquisição em questão, ou seja, a redação original do art. 20 do Decreto-Lei n.º 1.598, de 1977, não se exigia hierarquia ou “ordem a ser obedecida para a fundamentação” do ágio pago.

Sustenta que o “preço de compra e venda de empresas é determinado com base no [...] fluxo de caixa descontado, e não com base no valor justo das empresas”, o qual seria o valor de realização dos ativos e passivos **caso esses ativos fossem vendidos e os passivos liquidados em uma determinada data**”.

Neste sentido, uma vez que a aquisição da CiaFlu não visava à venda de quaisquer de seus ativos, **“a avaliação a valor justo não afetou a decisão de compra”**. Assim, afirma:

Assim, o que deve ser considerado, para fins de apuração do ágio gerado na combinação de negócios, é o laudo que fundamenta a rentabilidade futura da empresa com base no fluxo de caixa descontado, que por sua vez não foi questionado pela Fiscalização, e cujo critério de aferição – fluxo de caixa descontado – é o parâmetro aceito para fins fiscais.

O fato de haver um segundo laudo para avaliação do valor justo do intangível não prejudica a conclusão de que o ágio tem por fundamento a rentabilidade futura, uma vez que a produção do laudo de valor justo decorreu exclusivamente da norma contábil, que não pode ser utilizada como parâmetro para fins de amortização do ágio.

De fato, a mensuração dos ativos e passivos a valor justo decorre diretamente das exigências do CPC 15 da segregação do valor pago na aquisição de participação societária e não surte efeitos fiscais, justamente em decorrência do Regime Tributário de Transição (“RTT”).

A tese sustentada pela Recorrente é que as demonstrações que classificariam distintamente o fundamento do ágio pago atenderiam a critérios e objetivos distintos, bem como

que os referidos critérios teriam sido introduzidos por ocasião da convergência da contabilidade ao padrão internacional, pelo que não poderiam produzir efeitos fiscais.

O argumento não merece acolhida.

Em primeiro lugar, examinemos os arts. 385 e 386 do RIR/99:

Art. 385. O contribuinte que avaliar investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição em (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20):

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

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

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

§2º O lançamento do ágio ou deságio deverá indicar, dentre os seguintes, seu fundamento econômico (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20, §2º):

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

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

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

§3º O lançamento com os fundamentos de que tratam os incisos I e II do parágrafo anterior deverá ser baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20, §3º).

Tratamento Tributário do Ágio ou Deságio nos Casos de Incorporação, Fusão ou Cisão

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

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

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

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

IV-deverá amortizar o valor do deságio cujo fundamento seja o de que trata o inciso II do §2º do artigo anterior, nos balanços correspondentes à apuração do lucro real,

levantados durante os cinco anos-calendário subseqüentes à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no mínimo, para cada mês do período de apuração.

§1º O valor registrado na forma do inciso I integrará o custo do bem ou direito para efeito de apuração de ganho ou perda de capital e de depreciação, amortização ou exaustão (Lei n.º 9.532, de 1997, art. 7º, §1º).

§2º Se o bem que deu causa ao ágio ou deságio não houver sido transferido, na hipótese de cisão, para o patrimônio da sucessora, esta deverá registrar (Lei n.º 9.532, de 1997, art. 7º, §2º):

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

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

§3º O valor registrado na forma do inciso II (Lei n.º 9.532, de 1997, art. 7º, §3º):

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

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

§4º Na hipótese do inciso II do parágrafo anterior, a posterior utilização econômica do fundo de comércio ou intangível sujeitará a pessoa física ou jurídica usuária ao pagamento dos tributos ou contribuições que deixaram de ser pagos, acrescidos de juros de mora e multa, calculados de conformidade com a legislação vigente (Lei n.º 9.532, de 1997, art. 7º, §4º).

§5º O valor que servir de base de cálculo dos tributos e contribuições a que se refere o parágrafo anterior poderá ser registrado em conta do ativo, como custo do direito (Lei n.º 9.532, de 1997, art. 7º, §5º).

§6º O disposto neste artigo aplica-se, inclusive, quando (Lei n.º 9.532, de 1997, art. 8º):

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

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

§7º Sem prejuízo do disposto nos incisos III e IV, a pessoa jurídica sucessora poderá classificar, no patrimônio líquido, alternativamente ao disposto no §2º deste artigo, a conta que registrar o ágio ou deságio nele mencionado (Lei n.º 9.718, de 1998, art. 11).

Observe-se que, conforme o art. 385, §2º, desde a redação original do dispositivo (na verdade, desde a edição do Decreto-Lei n.º 1.598, de 1977), já havia previsão para que o ágio pago na aquisição de participação tivesse o seu fundamento econômico distribuído entre (i) diferença entre o valor de mercado dos bens e o custo contábil; (ii) expectativa de rentabilidade futura; (iii) **fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas**.

É que os bens imateriais “*destinados à manutenção das atividades da companhia e da empresa, ou exercidos com essa finalidade*” (conforme redação original do art. 179, inciso IV, da Lei n.º 6.404, de 1976), mesmo antes das inovações na legislação contábil, já eram reconhecidos e mensurados contabilmente. A distinção está apenas no fato de que, antes,

constavam do “Ativo Imobilizado”; após a Lei n.º 11.638, de 2007, passaram a constar de grupo específico, intitulado “Intangível” (inciso VI, na nova redação do mencionado dispositivo legal).

Deste modo, fica patente que, já no momento anterior à convergência da contabilidade, era possível se atribuir o fundamento do ágio pago, dentre outras hipóteses, a intangíveis, de modo apartado da expectativa de rentabilidade futura. Ainda que tal distinção receba críticas do ponto de vista da ciência contábil, não há como se apartar do teor da legislação.

Desde aquela época, então, a consequência de tal classificação é que apenas a parcela do ágio que possua como fundamento econômico a expectativa de rentabilidade futura poderá ser amortizada fiscalmente (conforme art. 386, inciso III, do RIR/99).

A grande distinção advinda com a nova legislação societária diz respeito ao denominado “escalamento” do ágio pago. É que, antes da convergência, o fundamento econômico do ágio não deveria, obrigatoriamente, seguir uma ordem predeterminada.

Tal fato foi reconhecido, *en passant*, na Solução de Consulta Cosit n.º 3, de 2016, que pontua, ao mesmo tempo, que o contribuinte não está totalmente livre para, a seu bel prazer, escolher qual o fundamento a ser adotado:

63. A legislação não determina uma ordem a ser seguida, mas a interpretação literal do texto legal permite concluir que esses três fundamentos não são sobrepostos entre si, ao contrário, são excludentes entre si. Luis Eduardo Schoueri trata dessa questão, ao analisar os incisos do § 2º do art. 385 do RIR/1999:

Em síntese, enquanto nas hipóteses dos incisos I e III se procura avaliar, exclusivamente, o investimento por conta de seus ativos (contabilizados ou não), o inciso II busca antecipar os lucros a serem gerados pelo empreendimento, remunerando o vendedor. Nos primeiros, o comprador paga o preço por algo que ele recebe, no ato; no último caso, o preço contempla algo que se espera venha a ser concretizado.

64. Desta forma, não cabe o entendimento da Consulente de que a fundamentação do ágio é de livre escolha do contribuinte. Ademais, a “alocação” dependerá do demonstrativo a que se refere o § 3º do art. 20 do Decreto-Lei n.º 1.598, de 1977, o qual deve apontar as verdadeiras razões que justificam o pagamento do ágio pelo Comprador.

65. Nesse mesmo sentido discorre Heleno Taveira Torres:

Esta eleição do fundamento econômico, como se pode deduzir, não é uma faculdade do investidor, uma liberalidade. Trata-se de uma evidente obrigação imputada ao titular do ágio, pelo § 2º, do art. 20, do Decreto-lei n.º 1.598/77. Não basta, porém, indicar o fundamento econômico que motivou o surgimento do ágio. Imperioso será a sua demonstração por provas cabais da sua verificação. Necessário demonstrar, mediante provas coerentes e adequadas, a justificativa daquele que fora indicado. E a importância desta opção é inequívoca, pois, como bem observa Edmar Oliveira, "determinará o regime contábil e tributário a que aquela parcela (o ágio) será submetida, entre os diversos regimes existentes"

66. Importante nesse ponto frisar que os benefícios advindos do fundo de comércio da investida não se confundem com sua rentabilidade futura. Enquanto essa última trata da apuração, baseada em resultados passados, de um montante esperado de resultados futuros em um dado período de tempo, aqueles benefícios consubstanciam-se num

sobrevalor agregado aos demais ativos da investida, em razão da eficiente e racional organização do empreendimento empresarial, o que gera perspectivas de lucratividade que a investida ainda pode vir a gerar. Nesse diapasão discorre Ricardo Mariz de Oliveira, elencando as diversas peculiaridades que distinguem os dois fundamentos:

[...]

71. Uma vez que existe uma norma específica que disciplina o tratamento fiscal a ser dado (no caso o inciso II do art. 7º da Lei nº 9.532, de 1997), na hipótese de serem os ativos intangíveis da investida o fundamento econômico do ágio pago pela investidora, é essa norma que deve ser aplicada. Não cabe ao interprete, com o fim de produzir determinados efeitos fiscais, invocar classificações e distinções não previstas no texto legal, cuja literalidade é muito clara.

Apenas com a edição da Lei nº 12.973, de 2014, que conferiu nova redação ao art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, passou a exigir uma ordem a ser observada obrigatoriamente pelo investidor (§5º do citado dispositivo).

De todo o exposto, extraem-se as seguintes conclusões:

- (i) a legislação sempre previu o reconhecimento contábil dos bens intangíveis;
- (ii) a legislação sempre previu o reconhecimento dos intangíveis como possível fundamento econômico do ágio pago pela investidora;
- (iii) não havia uma ordem determinada para o reconhecimento do referido fundamento, mas a investidora não era totalmente livre para atribuir fundamentos inverídicos ao valor pago.

Dito isto, chega-se à situação sob análise, na qual a Recorrente possui um demonstrativo que atesta que parte do fundamento econômico do ágio pago foi decorrente do valor atribuído aos direitos de distribuição, mas procura, perante a Administração Tributária, atribuir, para todo o ágio pago, o fundamento da expectativa da rentabilidade futura.

Segue excerto do Formulário 20-F (fl. 3.246) apresentado pela Recorrente à *Securities and Exchange Commission* (SEC), na qual admite que, do valor de Ps. 4.657 pagos pela CiaFlu, Ps. 2.077 correspondia aos direitos de distribuição (*Distribution rights*):

The fair value of Companhia Fluminense net assets acquired is as follows:

	Preliminary estimate disclosed in 2013	Additional Fair value Adjustments	Final purchase price allocation
Total current assets, including cash acquired of Ps. 9	Ps. 515	Ps. —	Ps. 515
Total non-current assets	1,467	254 ⁽¹⁾	1,721
Distribution rights	2,634	(557)	2,077
Total assets	4,616	(303)	4,313
Total liabilities	(1,581)	(382) ⁽²⁾	(1,963)
Net assets acquired	3,035	(685)	2,350
Goodwill	1,622	685	2,307
Total consideration transferred	Ps. 4,657	Ps. —	Ps. 4,657

⁽¹⁾ Originated by changes in fair value of property, plant and equipment and investment in associates.

⁽²⁾ Originated by changes in valuation of contingencies identified at acquisition date.

The Company expects to recover the amount recorded as goodwill through synergies related to the available production capacity. Goodwill has been allocated to the Company cash generating unit in Brazil. The goodwill recognized is expected to be deductible for income tax purposes according to Brazil tax law is Ps. 4,581.

Obviamente, é impossível se admitir a ficção que a Recorrente busca construir. Se o fundamento econômico do ágio está perfeitamente identificado em documento válido, é este que deve dar suporte à amortização realizada pelo sujeito passivo.

A divergência de fundamentos atribuída pela Recorrente não se relaciona com o Regime Tributário de Transição (RTT), o qual se destina a neutralizar as alterações da legislação societária, em relação aos critérios “*de reconhecimento de receitas, custos e despesas computadas na apuração do lucro líquido do exercício*” (a teor do art. 16 da Lei nº 11.941, de 2009). Como exposto, não há qualquer inovação relacionada ao caso.

O fundamento do ágio pago não muda em decorrência de inovação legislativa. O fundamento sempre foi, em parte, o valor dos bens intangíveis que não estavam avaliados contabilmente, apesar de sempre ter sido possível tal avaliação. O fato de a Recorrente reconhecer que somente admitiu tal fundamento por imposição de nova legislação, não lhe confere o direito de se aproveitar de uma ficção para desprezar o demonstrativo contábil e atribuir um fundamento diverso, meramente fiscal, ao valor pago.

O CPC 15, invocado no Recurso Voluntário, pode ter sido a motivação para que a Recorrente tenha admitido o real fundamento do ágio pago, mas este sempre foi, parcialmente, o valor dos direitos de distribuição detidos pela pessoa jurídica adquirida. Tal fato não muda com o CPC 15. Pode-se admitir que, no referido Pronunciamento, deixou-se expressa a obrigação do contribuinte reconhecer os valores pagos pelos bens intangíveis, mas não altera o fato que estes, desde sempre, foram o fundamento de parte do ágio pago. Não é o CPC 15 que cria a previsão de reconhecimento contábil da mais-valia paga pelos intangíveis como fundamento para o ágio. Ela já estava expressa no art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977.

No TVF, tal ponto é perfeitamente explicitado, ao refutar que a avaliação dos direitos de distribuição decorreria de exigência da Lei nº 11.638, de 2007:

A existência dessa lei foi absolutamente irrelevante para fins de reconhecimento dos intangíveis adquiridos em 2013. A valoração dos intangíveis, conforme descrito nos laudos contábeis, foi feita considerando o Period Excess Earnings Method, que tem a ver com a metodologia de Fluxo de Caixa Descontado - FCD, absolutamente conhecida antes de 2007 e aplicável na identificação de intangíveis adquiridos de terceiros independentes antes da entrada em vigor da Lei 11.638/07 e mesmo antes da primeira edição do IFRS 3 (2004). O valor dos intangíveis adquiridos seria obtido pelo método FCD, independentemente de a contabilidade chamá-lo de “fair value” ou de custo de aquisição, que, no presente caso, são a mesma coisa. Portanto, o RTT não é aplicável no presente caso.

[...]

A classificação de um intangível com vida útil indefinida como rentabilidade futura é inaceitável. Isso é verdade tanto enquanto vigia a alínea “c” do §2º do art. 20 do DL 1.598, como a partir da sua revogação. Na hipótese de aquisição de uma participação societária que contivesse entre seus ativos, intangíveis identificáveis e separáveis, a alocação do preço pago a estes ativos não poderia ser à conta de resultados futuros, mas alocada na alínea “c”. A partir da alteração da Lei nº 6.404/1976, pela Lei nº 11.638/2007, com a edição do Pronunciamento CPC 15, o adquirente deve mensurar os ativos identificáveis adquiridos e os passivos assumidos pelos respectivos valores justos da data da aquisição para o cálculo da Mais-Valia. Portanto, o valor dos intangíveis adquiridos (direitos de distribuição) e não contabilizados na investida, serão mensurados e contabilizados na adquirente pelo seu custo de aquisição (ou valor justo, neste caso

são a mesma coisa). Portanto, neste caso o valor da mais valia (valor justo) do intangível adquirido deve ser exatamente o mesmo do ágio registrado conforme alínea “c” do §2º do art. 20 do DL 1.598, o qual nunca foi e continua não sendo amortizável.

Neste sentido, conforme a avaliação apresentada pela própria Recorrente à fl. 2.260, o valor dos intangíveis contratos de distribuição importava em R\$ 370.095.000,00, de modo que o ágio amortizável deve ser reduzido deste montante, resultando em um valor de R\$ 446.374.290,47 (R\$ 816.469.290,47 – 370.095.000,00).

Assim, a infração de redução indevida do Lucro Real e base de cálculo da CSLL, nos anos-calendários de 2016 e 2017, em relação ao Ágio CiaFLu deve ser reduzida, para os valores a seguir detalhados:

MÊS	2016			2017		
	ÁGIO AMORTIZADO	ÁGIO AMORTIZÁVEL	INFRAÇÃO	ÁGIO AMORTIZADO	ÁGIO AMORTIZÁVEL	INFRAÇÃO
JAN	13.607.821,51	7.439.571,51*	6.168.250,00	13.607.821,51	7.439.571,51	6.168.250,00
FEV	13.607.821,51	7.439.571,51	6.168.250,00	13.607.821,51	7.439.571,51	6.168.250,00
MAR	13.607.821,51	7.439.571,51	6.168.250,00	8.340.277,70	4.559.737,38**	3.780.540,32
ABR	13.607.821,51	7.439.571,51	6.168.250,00	8.340.277,70	4.559.737,38	3.780.540,32
MAI	13.607.821,51	7.439.571,51	6.168.250,00	8.340.277,70	4.559.737,38	3.780.540,32
JUN	13.607.821,51	7.439.571,51	6.168.250,00	8.340.277,70	4.559.737,38	3.780.540,32
JUL	13.607.821,51	7.439.571,51	6.168.250,00	8.340.277,70	4.559.737,38	3.780.540,32
AGO	13.607.821,51	7.439.571,51	6.168.250,00	8.340.277,70	4.559.737,38	3.780.540,32
SET	13.607.821,51	7.439.571,51	6.168.250,00	8.340.277,70	4.559.737,38	3.780.540,32
OUT	13.607.821,51	7.439.571,51	6.168.250,00	8.340.277,70	4.559.737,38	3.780.540,32
NOV	13.607.821,51	7.439.571,51	6.168.250,00	8.340.277,70	4.559.737,38	3.780.540,32
DEZ	13.607.821,51	7.439.571,51	6.168.250,00	8.340.277,70	4.559.737,38	3.780.540,32
TOTAL	163.293.858,12	81.835.286,61	74.019.000,00	110.618.420,02	41.037.636,42	50.141.903,20

* R\$ 446.374.290,47 / 60 meses

** Valor proporcional ao utilizado pela Recorrente (R\$ 8.340.277,70/13.607.821,51*7.439.751,51)

Deve, portanto, ser dado provimento parcial ao Recurso Voluntário, quanto a este tópico, para reduzir o valor das exigências fiscais, conforme valores acima discriminados.

1.2.1.3 Do ágio na aquisição da SPAIPA

No Termo de Verificação Fiscal (TVF) de fls. 4.894/4.956, aponta-se ainda uma segunda infração, relacionada à aquisição da Spaipa S.A. – Indústria Brasileira de Bebidas (SPAIPA). A acusação, novamente, é que toda decisão pelo investimento, realização de estudos de rentabilidade futura e *due diligence*, planejamento da operação e alocação de recursos teria sido realizado pela Controladora mexicana da Recorrente, que seria quem teria assumido o risco

da operação, sendo a pessoa jurídica Recorrente teria sido mero “canal de passagem para os recursos financeiros” que foram pagos aos vendedores.

As constatações da autoridade fiscal podem ser assim sintetizadas:

- (i) A SPAIPA era, originalmente, controlada pelas empresas PRSA Participações S.A (60,19%); Bascar Holding Ltda (21,65%) e RB Investimentos e Participações Ltda (18,16%);
- (ii) Em 11 de setembro de 2013, foi aprovado o aumento do capital social da SPAL, no montante de R\$ 6.518.640,48, mediante a capitalização de Reserva de Incentivos Fiscais, pelo que o capital social passou a ser de R\$ 1.056.873.787,53;
- (iii) Em 23 de outubro de 2013 (fl.2531), foi aprovado novo aumento do capital social da SPAL, no valor de R\$ 743.513.750,00, mediante emissão de novas ações ordinárias, subscritas e integralizadas pelas acionistas Sucocitrico Cutrale Ltda (R\$ 66.718.750,00), Controladora Interamericana de Bebidas S.A de CV (R\$ 131.813.179,37) e Kristine Oversease S.A de CV (R\$ 545.335.712,49). Após tal deliberação, o capital social passou a ser de R\$ 1.800.387.537,53;
- (iv) Conforme informações prestadas ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) pela SPAL, e no formulário 20-F apresentado à *U.S. Securities and Exchange Commission* (SEC) pela FEMSA, em 29 de outubro de 2013, a SPAL adquiriu de forma indireta a SPAIPA, por meio da aquisição das citadas holdings que detinham o controle desta última empresa;
- (v) Em 30 de novembro de 2013, “a SPAL incorporou as empresas PRSA Participações, Bascar Holding, RB Investimentos e 99,6% da SPAIPA (Cisão Parcial), passando a amortizar fiscalmente o ágio proveniente desta aquisição a partir de dezembro de 2013”;
- (vi) Na proposta comercial elaborada pela empresa responsável pelo laudo para fundamentação do ágio gerado na aquisição da SPAIPA, a FEMSA é referida como adquirente. Além disso, as comunicações relativas à elaboração do referido laudo são dirigidas para funcionários da controladora mexicana Coca-Cola FEMSA;
- (vii) Conforme respostas apresentadas pela SPAL, os recursos necessários à aquisição da SPAIPA, no montante de R\$ 4.585.991.000,00, tiveram como origem mútuos celebrados com empresa ligadas (Controladora Interamericana de Bebidas, S de R.L de C.V, no valor de US\$ 350.000.000,00, e Kristine Oversease, S.A de C.V, no valor de US\$ 1.150.000.000,00), empréstimos no Brasil (R\$ 600.000.000,00) e recursos próprios (R\$ 191.000.000,00);

- (viii) A Coca-Cola FEMSA (controladora indireta da SPAL), informou em Formulário apresentado à *U.S Securities Exchange Comission (SEC)* que adquiriu, em outubro de 2013, a SPAIPA;
- (ix) A Recorrente foi intimada a apresentar “todos os estudos, emails, proposta comercial, relatórios, demonstrativos e projeções elaboradas em processo de *due diligence* anterior à efetiva aquisição, que serviram de base para a definição do preço e demais condições estabelecidas no contrato de aquisição de ações”, tendo apresentado a “*apresentação elaborada para o Conselho de Administração da Coca-Cola Femsa S.A.B. de C.V., que serviu de base para que esse Conselho recomendasse a aquisição da Spaipa pela Requerida*”.

Os mesmos fundamentos expostos na análise da amortização do ágio relativo à aquisição da CiaFlu se aplicam aqui, com perfeição, de maneira que entendo que, após a Incorporação da SPAIPA, estão presentes todos os elementos que justificam a possibilidade de amortização do ágio fiscal pago na operação, com base na expectativa de rentabilidade futura.

A autoridade fiscal, contudo, mais uma vez, aponta uma segunda razão para a autuação fiscal, a “classificação diversa no ágio pago na operação para seus acionistas e para a autoridade tributária brasileira, sendo que para o Fisco todo o ágio pago na operação foi classificado como baseado em rentabilidade futura”.

Constata-se no TVF:

Como informado à SEC pela FEMSA, o Goodwill reconhecido na operação foi de Ps\$ 10.783 milhões (aproximadamente **R\$ 1.825 milhões** considerando-se a taxa de câmbio de 0,1693 em 29/10/13), no entanto, o Goodwill reconhecido no Brasil para fins de dedutibilidade do IR seria de Ps\$ 22.202 milhões (aproximadamente **R\$ 3.758 milhões**).

Aqui, mais uma vez, invoco toda a análise realizada no tópico anterior deste voto, até porque as razões de defesa apresentadas pela Recorrente são similares.

No Formulário 20-F (fl. 3.246) apresentado à *Securities and Exchange Commission (SEC)*, a Recorrente admite que, do valor de Ps. 26,856 pagos pela SPAIPA, Ps. 11,872 correspondia aos direitos de distribuição (*Distribution rights*):

The fair value of Grupo Spaipa net assets acquired is as follows:

	Preliminary estimate disclosed in 2013	Additional fair value adjustments	Final purchase price allocation
Total current assets, including cash acquired of Ps. 3,800	Ps. 5,918	Ps. —	Ps. 5,918
Total non-current assets	5,390	(300) ⁽¹⁾	5,090
Distribution rights	13,731	(1,859)	11,872
Total assets	25,039	(2,159)	22,880
Total liabilities	(5,734)	(1,073) ⁽²⁾	(6,807)
Net assets acquired	19,305	(3,232)	16,073
Goodwill	7,551	3,232	10,783
Total consideration transferred	Ps. 26,856	Ps. —	Ps. 26,856

(1) Originated by changes in fair value of property, plant and equipment and investment in associates.

(2) Originated by changes in valuation of contingencies identified at acquisition date.

The Company expects to recover the amount recorded as goodwill through synergies related to the available production capacity. Goodwill has been allocated to the Company's cash generating unit in Brazil. The goodwill recognized and expected to be deductible for income tax purposes according to Brazil tax law, is Ps. 22,202.

Reitera-se ser impossível se admitir a ficção que a Recorrente busca construir. Se o fundamento econômico do ágio está perfeitamente identificado em documento válido, é este que deve dar suporte à amortização realizada pelo sujeito passivo.

Neste sentido, conforme a avaliação apresentada pela própria Recorrente à fl. 2.296, o valor dos intangíveis contratos de distribuição importava em R\$ 2.029.184.000,00, de modo que o ágil amortizável deve ser reduzido deste montante, resultando em um valor de R\$ 1.764.585.300,71 (R\$ 3.793.769.300,71 – 2.029.184.000,00).

Assim, a infração de redução indevida do Lucro Real e base de cálculo da CSLL, nos anos-calendários de 2016 e 2017, em relação ao Ágio SPAIPA deve ser reduzida, para os valores a seguir detalhados:

MÊS	2016			2017		
	ÁGIO AMORTIZADO	ÁGIO AMORTIZÁV.	INFRAÇÃO	ÁGIO AMORTIZADO	ÁGIO AMORTIZÁV.	INFRAÇÃO
JAN	63.229.488,35	29.409.755,01*	33.819.733,33	63.229.488,35	29.409.755,01	33.819.733,33
FEV	63.229.488,35	29.409.755,01	33.819.733,33	63.229.488,35	29.409.755,01	33.819.733,33
MAR	63.229.488,35	29.409.755,01	33.819.733,33	40.236.947,13	18.715.298,64**	21.521.648,49
ABR	63.229.488,35	29.409.755,01	33.819.733,33	40.236.947,13	18.715.298,64	21.521.648,49
MAI	63.229.488,35	29.409.755,01	33.819.733,33	40.236.947,13	18.715.298,64	21.521.648,49
JUN	63.229.488,35	29.409.755,01	33.819.733,33	40.236.947,13	18.715.298,64	21.521.648,49
JUL	63.229.488,35	29.409.755,01	33.819.733,33	40.236.947,13	18.715.298,64	21.521.648,49
AGO	63.229.488,35	29.409.755,01	33.819.733,33	40.236.947,13	18.715.298,64	21.521.648,49
SET	63.229.488,35	29.409.755,01	33.819.733,33	40.236.947,13	18.715.298,64	21.521.648,49
OUT	63.229.488,35	29.409.755,01	33.819.733,33	40.236.947,13	18.715.298,64	21.521.648,49
NOV	63.229.488,35	29.409.755,01	33.819.733,33	40.236.947,13	18.715.298,64	21.521.648,49
DEZ	63.229.488,35	29.409.755,01	33.819.733,33	40.236.947,13	18.715.298,64	21.521.648,49
TOTAL	758.753.860,20	323.507.305,11	405.836.799,96	528.828.448,00	168.437.687,76	282.855.951,56

* R\$ 1.764.585.300,71 / 60 meses

** Valor proporcional ao utilizado pela Recorrente (40.236.947,13/63.229.488,35*29.409.755,01)

Voto, assim, por dar provimento parcial ao Recurso Voluntário, quanto a este tópico, reduzindo o valor das exigências fiscais, conforme valores acima discriminados.

1.2.2 Da multa isolada pelo não recolhimento das estimativas

No lançamento de ofício tratado no presente processo, houve a exigência de multas isoladas de 50% (cinquenta por cento) pelo não recolhimento dos valores devidos por estimativa em relação ao IRPJ e à CSLL.

A base legal para a referida imposição é o art. 44, inciso II, alínea b), da Lei n.º 9.430, de 1996, na redação conferida pela Medida Provisória n.º 351, de 2007 (posteriormente convertida na Lei n.º 11.488, de 2007). *In verbis*:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;

II - de 50% (cinquenta por cento), exigida isoladamente, sobre o valor do pagamento mensal:

a) na forma do art. 8º da Lei no 7.713, de 22 de dezembro de 1988, que deixar de ser efetuado, ainda que não tenha sido apurado imposto a pagar na declaração de ajuste, no caso de pessoa física;

b) na forma do art. 2º desta Lei, que deixar de ser efetuado, ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente, no caso de pessoa jurídica.

Após a inovação, então, a legislação passou a prever expressamente duas multas distintas, nos incisos I e II, com diferentes fatos geradores, alíquotas e bases de cálculo, de modo que a jurisprudência administrativa tem, majoritariamente, reconhecido inexistir qualquer óbice à aplicação simultânea das penalidades e afastando assim a incidência da Súmula CARF n.º 105, que se refere à multa prevista anteriormente no art. 44, §1º, inciso IV, da referida Lei n.º 9.430, de 1996.

No Recurso Voluntário, há insurgência, exatamente, quanto a tal posição, que foi abraçada no Acórdão recorrido. Sustenta a Recorrente haver “dupla (e inadmissível) imposição de pena ao mesmo fato”. E a alegação de que a “multa de ofício sobre o tributo apurado absorve a multa isolada pela falta de recolhimento das estimativas, porquanto, ao final do ano-calendário não há mais estimativas devidas, já que estas são computadas no momento da apuração do IRPJ e da CSLL”.

Não procedem as alegações da Recorrente.

Conforme o teor do art. 44 da Lei n.º 9.430, de 1996, na redação conferida pela Lei n.º 11.488, de 2007, não há impedimento para a exigência concomitante da multa isolada e dos tributos devidos ao final do ano-calendário acrescidos da multa de ofício de 75% (setenta e cinco por cento).

Conforme se vê, as bases de cálculo são distintas. A multa de ofício sobre o ajuste anual é embasada no inciso I c/c o §1º do referido dispositivo e calculada sobre a diferença de imposto apurada ao final do exercício; a multa isolada tem por base o inciso II, e é calculada sobre o valor devido no mês correspondente.

Destaque-se que, o momento de aplicação da penalidade isolada é após o encerramento do ano-calendário. Antes disso, a autoridade fiscal exigirá o próprio tributo devido por estimativa. É essa a justificativa, portanto, para a Súmula CARF n.º 82:

Após o encerramento do ano-calendário, é incabível lançamento de ofício de IRPJ ou CSLL para exigir estimativas não recolhidas. (**Vinculante**, conforme Portaria MF n.º 277, de 07/06/2018, DOU de 08/06/2018).

Já quanto ao entendimento que fundamentou a edição da Súmula CARF n.º 105, vincula-se à redação original anterior do referido art. 44, já que, ali, a multa de ofício aplicada ao final do exercício e a multa pelo não recolhimento da estimativa tinham, ambas, como fundamento legal o inciso I do citado art. 44, razão pela qual se firmou a tese da inaplicabilidade concomitante.

Lembremos que a Súmula em questão foi aprovada em dezembro de 2014, quando já estava em vigência a redação modificada do dispositivo legal que ampara a imposição da multa isolada. Todos os precedentes que a fundamentam, contudo, referem-se a períodos anteriores a alteração de redação. Além disso, na Súmula, há explícita menção ao art. 44, §1º, inciso IV, da Lei n.º 9.430, de 1996, que era o dispositivo aplicável na redação anterior.

Quanto à invocação ao Princípio da Consunção (Absorção), também não há razão para acolhê-la, posto se constituir em princípio geral do Direito Penal, sem transposição para o Direito Tributário Penal, dadas às especificidades da norma tributária.

Cabe, neste momento, a transcrição de trecho do voto da Conselheira Adriana Gomes Rêgo, no Acórdão n.º 9101-002.438 (1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, sessão de 20 de setembro de 2016), de sua relatoria, que rejeita tanto a aplicação do Princípio em questão, quanto a vedação à concomitância das penalidades, como invocado pela Recorrente:

Quanto à transposição do princípio da consunção para o Direito Tributário, vale a transcrição da oposição manifestada pelo Conselheiro Alberto Pinto Souza Junior no voto condutor do Acórdão n.º 1302-001.823:

Da inviabilidade de aplicação do princípio da consunção

O princípio da consunção é princípio específico do Direito Penal, aplicável para solução conflitos aparentes de normas penais, ou seja, situações em que duas ou mais normas penais podem aparentemente incidir sobre um mesmo fato.

Primeiramente, há que se ressaltar que a norma sancionatória tributária não é norma penal stricto sensu. Vale aqui a lembrança que o parágrafo único do art. 273 do anteprojeto do CTN (hoje, art. 112 do CTN), elaborado por Rubens Gomes de Sousa, previa que os princípios gerais do Direito Penal se aplicassem como métodos ou processos supletivos de interpretação da lei tributária, especialmente da lei tributária que definia infrações. Esse dispositivo foi rechaçado pela Comissão Especial de 1954 que elaborou o texto final do anteprojeto, sendo que tal dispositivo não retornou ao texto do CTN que veio a ser aprovado pelo Congresso Nacional. À época, a Comissão Especial do CTN acolheu os fundamentos de que o direito penal tributário não tem semelhança absoluta com o direito penal (sugestão 789, p. 513 dos Trabalhos da Comissão Especial do CTN) e que o direito penal tributário não é autônomo ao direito tributário, pois a pena fiscal mais se assemelha a pena cível do que a criminal (sugestão 787, p.512, idem). Não é difícil, assim, verificar que, na sua gênese, o CTN afastou a possibilidade de aplicação supletiva dos princípios do direito penal na interpretação da norma tributária, logicamente, salvo aqueles expressamente previstos no seu texto, como por exemplo, a retroatividade benigna do art. 106 ou o in dubio pro reo do art. 112.

Oportuna, também, a citação da abordagem exposta em artigo publicado por Heraldo Garcia Vitta:

O Direito Penal é especial, contém princípios, critérios, fundamentos e normas particulares, próprios desse ramo jurídico; por isso, a rigor, as regras dele não podem ser estendidas além dos casos para os quais foram instituídas. De fato, não se aplica norma jurídica senão à ordem de coisas para a qual foi estabelecida; não se pode pôr de lado a natureza da lei, nem o ramo do Direito a que pertence a regra tomada por base do processo analógico.[15 Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e aplicação do direito*, p.212] Na hipótese de concurso de crimes, o legislador escolheu critérios específicos, próprios desse ramo de Direito. Logo, não se justifica a analogia das normas do Direito Penal no tema concurso real de infrações administrativas.

A ‘forma de sancionar’ é instituída pelo legislador, segundo critérios de conveniência/opportunidade, isto é, discricionariedade. Compete-lhe elaborar, ou não, regras a respeito da concorrência de infrações administrativas. No silêncio, ocorre cúmulo material.

Aliás, no Direito Administrativo brasileiro, o legislador tem procurado determinar o cúmulo material de infrações, conforme se observa, por exemplo, no artigo 266, da Lei nº 9.503, de 23.12.1997 (Código de Trânsito Brasileiro), segundo o qual “quando o infrator cometer, simultaneamente, duas ou mais infrações, ser-lhe-ão aplicadas, cumulativamente, as respectivas penalidades”. Igualmente o artigo 72, §1º, da Lei 9.605, de 12.2.1998, que dispõe sobre sanções penais e administrativas derivadas de condutas lesivas ao meio ambiente: “Se o infrator cometer, simultaneamente, duas ou mais infrações [administrativas, pois o disposto está inserido no Capítulo VI –Da Infração Administrativa] ser-lhe-ão aplicadas, cumulativamente, as sanções a elas cominadas”. E também o parágrafo único, do artigo 56, da Lei nº 8.078, de 11.9.1990, que regula a proteção do consumidor: “As sanções [administrativas] previstas neste artigo serão aplicadas pela autoridade administrativa, no âmbito de sua atribuição, podendo ser aplicadas cumulativamente, inclusive por medida cautelar antecedente ou incidente de procedimento administrativo”. [16 Evidentemente, se ocorrer, devido ao acúmulo de sanções, perante a hipótese concreta, pena exacerbada, mesmo quando observada imposição do mínimo legal, isto é, quando a autoridade administrativa tenha imposto cominação mínima, estabelecida na lei, ocorrerá invalidação do ato administrativo, devido ao princípio da proporcionalidade.]

No Direito Penal são exemplos de aplicação do princípio da consunção a absorção da tentativa pela consumação, da lesão corporal pelo homicídio e da violação de domicílio pelo furto em residência. Característica destas ocorrências é a sua previsão em normas diferentes, ou seja, a punição concebida de forma autônoma, dada a possibilidade fática de o agente ter a intenção, apenas, de cometer o crime que figura como delito-meio ou delito-fim.

Já no caso em debate, a norma tributária prevê expressamente a aplicação das duas penalidades em face da conduta de sujeito passivo que motive lançamento de ofício, como bem observado pelo Conselheiro Marcos Aurélio Pereira Valadão no já citado voto condutor do Acórdão nº 9101-002.251:

[...]Ora, o legislador, no caso, fez mais do que faria se apenas acrescentasse “mais uma alínea no inciso II da nova redação do art. 44 da [Lei nº] 9.430/1996”.

Na realidade, o que, na redação primeira, era apenas um inciso subordinado a um parágrafo do artigo (art. 44, § 1º, inciso IV, da Lei nº 9.430, de 1996), tornou-se um inciso vinculado ao próprio caput do artigo (art. 44, inciso II, da Lei nº 9.430, de 1996), no mesmo patamar, portanto, do inciso então preexistente, que previa a multa de ofício.

Veja-se a redação do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, dada pela Lei nº 11.488, de 2007 (sublinhei):

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;

II - de 50% (cinquenta por cento), exigida isoladamente, sobre o valor do pagamento mensal:

[...];

Dessa forma, a norma legal, ao estatuir que “nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas”, está a se referir, iniludivelmente, às duas multas em conjunto, e não mais em separado, como dava a entender a antiga redação do dispositivo.

Nessas condições, não seria necessário que a norma previsse “a possibilidade de haver cumulatividade dessas multas”. Pelo contrário: seria necessário, sim se fosse esse o caso, que a norma excetuasse essa possibilidade, o que nela não foi feito. Por conseguinte, não há que se falar como pretendeu o sujeito passivo, por ocasião de seu recurso voluntário em “identidade quanto ao critério pessoal e material de ambas as normas sancionatórias”.

Se é verdade que as duas normas sancionatórias, pelo critério pessoal, alcançam o mesmo contribuinte (sujeito passivo), não é verdade que o critério material (verbo + complemento) de uma e de outra se centre “no descumprimento da relação jurídica que determina o recolhimento integral do tributo devido”.

O complemento do critério material de ambas é, agora, distinto: o da multa de ofício é a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição; já o da multa isolada é o valor do pagamento mensal, apurado sob base estimada ao longo do ano, cuja materialidade, como visto anteriormente, não se confunde com aquela. (grifos do original)

A alteração legislativa promovida pela Medida Provisória nº 351, de 2007, portanto, claramente fixou a possibilidade de aplicação de duas penalidades em caso de lançamento de ofício frente a sujeito passivo optante pela apuração anual do lucro tributável. Somente desconsiderando-se todo o histórico de aplicação das penalidades previstas na redação original do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, seria possível interpretar que a redação original não determinou a aplicação simultânea das penalidades. A redação alterada é direta e impositiva ao firmar que “serão aplicadas as seguintes multas”. Ademais, quando o legislador estipula na alínea “b” do inciso II do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, a exigência isolada da multa sobre o valor do pagamento mensal **ainda que** tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base negativa no ano-calendário correspondente, claramente afirma a aplicação da penalidade **mesmo se** apurado lucro tributável e, por consequência, tributo devido sujeito à multa prevista no inciso I do seu art. 44.

Acrescente-se que não se pode falar, no caso, de bis in idem sob o pressuposto de que a imposição das penalidades teria a mesma base fática. Basta observar que as infrações ocorrem em diferentes momentos, o primeiro correspondente à apuração da estimativa com a finalidade de cumprir o requisito de antecipação do recolhimento imposto aos optantes pela apuração anual do lucro, e o segundo apenas na apuração do lucro tributável ao final do ano-calendário. A análise, assim, não pode ficar limitada, por exemplo, à omissão de receitas ou ao registro de despesas indedutíveis, especialmente porque, para fins tributários, estas ocorrências devem, necessariamente, repercutir no cumprimento da obrigação acessória de antecipar ou na constituição, pelo sujeito passivo, da obrigação tributária principal. A base fática, portanto, é constituída pelo registro contábil ou fiscal, ou mesmo sua supressão, e pela repercussão conferida pelo sujeito passivo àquela ocorrência no cumprimento das obrigações tributárias. Como esta conduta se dá em momentos distintos e com finalidades distintas, duas penalidades são aplicáveis, sem se cogitar de bis in idem.

A par disso, a lógica que norteia o princípio da consunção se pauta na existência de uma relação de hierarquia, gravidade e/ou antecedência entre os dois tipos penais: a infração absorvida é preparatória ou menos grave que a infração punida. No caso da ausência de recolhimento das estimativas e da ausência de recolhimento do tributo devido ao final do ano-calendário inexistente tal relação. As obrigações são distintas e desvinculadas. O sujeito passivo está obrigado a recolher a estimativa sempre que devida (com base na receita bruta ou em balanço/balancete de redução). Não raro, os valores recolhidos são muito superiores àqueles apurados ao final do ano-calendário, para o qual convergem adições e exclusões específicas. Daí, inclusive, a ressalva no art. 44, inciso II, alínea b, da Lei nº 9430, de 1996, no sentido de que a multa isolada será devida, “ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente”. Ou seja, como entender preparatória ou menos grave a ausência de recolhimento da estimativa se ao final do ano-calendário sequer é devido qualquer valor. Totalmente inaplicável, destarte, o princípio da consunção.

Assim, após a alteração da redação, entende-se, como já dito, plenamente cabível a aplicação concomitante das duas penalidades, impondo-se que seja negado provimento ao recurso voluntário quanto a tal matéria.

Cabe ressaltar, contudo, que os valores exigidos devem ser ajustados de acordo com a decisão adotada em relação às glosas de amortização de ágio e de acordo com a decisão referente às matérias objeto do Recurso de Ofício.

1.3 CONCLUSÃO PARCIAL

Ao fim de todo o exposto, voto por dar provimento parcial ao Recurso Voluntário, tão somente para reduzir os montantes exigidos em relação às infrações de amortização indevida de ágios por expectativa de rentabilidade futura; e ausência/insuficiência de recolhimento de estimativas de IRPJ/CSLL, conforme valores consignados nos itens 1.2.1.2 e 1.2.1.3.

2 DO RECURSO DE OFÍCIO

2.1 DA ADMISSIBILIDADE DO RECURSO

Como relatado, em face da exoneração de crédito pelo acórdão recorrido, foi interposto recurso de ofício pelo colegiado *a quo*, conforme previsão do art. 34, inciso I, do Decreto nº 70.235, de 1972:

Art. 34. A autoridade de primeira instância recorrerá de ofício sempre que a decisão:

I - exonerar o sujeito passivo do pagamento de tributo e encargos de multa de valor total (lançamento principal e decorrentes) a ser fixado em ato do Ministro de Estado da Fazenda. (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997)

No caso em análise, o montante exonerado relativo aos encargos de multa supera em muito o limite de R\$ 15.000.000,00, fixado por meio da Portaria MF nº 2, de 17 de janeiro de 2023, aplicável ao julgamento conforme Súmula CARF nº 103, “para fins de conhecimento de recurso de ofício, aplica-se o limite de alçada vigente na data de sua apreciação em segunda instância”, de modo que deve ser conhecido o Recurso de Ofício.

2.2 MÉRITO

Por meio da decisão de primeira instância, foram afastadas as exigências referentes à glosa de despesas financeiras relativas aos empréstimos concedidos pelas controladoras estrangeiras à pessoa jurídica atuada. A par disso, a multa de ofício foi reduzida ao patamar de 75% (setenta e cinco por cento), com o afastamento da qualificação realizada pela autoridade fiscal.

Passemos ao exame de cada uma dessas parcelas.

2.2.1 Da dedutibilidade das despesas financeiras

A infração de que trata tal tópico diz respeito a despesas financeiras incorridas sobre os empréstimos consideradas na apuração do Lucro Líquido, nos anos-calendário de 2016 e 2017, e utilizados para a aquisição das empresas Companhia Fluminense de Refrigerantes (CiaFlu) e Spaipa S/A - Indústria Brasileira de Bebidas (SPAIPA), conforme quadros a seguir, extraídos do TVF:

	2016				
	Juros KRISTINE (CIAFLU)	Juros KRISTINE (SPAIPA)	Juros CIBSA (SPAIPA)	JUROS TOTAIS ACUMULADOS	JUROS MENSAIS
Janeiro	R\$ 3.050.195,09	R\$ 11.321.578,36	R\$ 3.222.594,35	R\$ 17.594.367,80	R\$ 17.594.367,80
Fevereiro	R\$ 5.858.996,85	R\$ 21.814.983,29	R\$ 6.210.309,86	R\$ 33.884.290,00	R\$ 16.289.922,20
Março	R\$ 8.544.101,06	R\$ 31.852.134,35	R\$ 9.066.448,60	R\$ 49.462.684,01	R\$ 15.578.394,01
Abril	R\$ 11.063.661,10	R\$ 41.297.188,52	R\$ 11.754.905,74	R\$ 64.115.755,36	R\$ 14.653.071,35
Maior	R\$ 13.776.077,34	R\$ 51.465.201,16	R\$ 14.649.147,08	R\$ 79.890.425,58	R\$ 15.774.670,22
Junho	R\$ 16.119.674,13	R\$ 60.250.623,34	R\$ 17.149.845,39	R\$ 93.520.142,86	R\$ 13.629.717,28
Julho	R\$ 18.563.421,51	R\$ 69.458.115,16	R\$ 19.686.139,24	R\$ 107.707.675,91	R\$ 14.187.533,05
Agosto	R\$ 21.008.149,71	R\$ 78.669.302,49	R\$ 22.308.028,11	R\$ 121.985.480,31	R\$ 14.277.804,40
Setembro	R\$ 23.378.323,52	R\$ 87.599.585,62	R\$ 24.849.959,91	R\$ 135.827.869,05	R\$ 13.842.388,74
Outubro	R\$ 25.778.386,75	R\$ 97.077.628,97	R\$ 27.460.779,82	R\$ 150.316.795,54	R\$ 14.488.926,49
Novembro	R\$ 28.258.446,32	R\$ 106.871.584,35	R\$ 30.248.548,83	R\$ 165.378.579,50	R\$ 15.061.783,96
Dezembro	R\$ 30.717.358,67	R\$ 116.582.027,62	R\$ 33.036.317,84	R\$ 180.335.704,13	R\$ 14.957.124,63
TOTAL	R\$ 30.717.358,67	R\$ 116.582.027,62	R\$ 33.036.317,84	R\$ 180.335.704,13	R\$ 180.335.704,13

	2017				
	Juros KRISTINE (CIAFLU)	Juros KRISTINE (SPAIPA)	Juros CIBSA (SPAIPA)	JUROS TOTAIS ACUMULADOS	JUROS MENSAIS
Janeiro	R\$ 0	R\$ 9.643.336,75	R\$ 2.744.896,65	R\$ 12.388.233,40	R\$ 12.388.233,40
Fevereiro	R\$ 2.112.055,44	R\$ 18.276.290,32	R\$ 5.202.196,03	R\$ 25.590.541,79	R\$ 13.202.308,39
Março	R\$ 4.502.536,83	R\$ 28.047.300,28	R\$ 7.983.433,82	R\$ 40.533.270,93	R\$ 14.942.729,14
Abril	R\$ 6.837.810,05	R\$ 37.558.133,48	R\$ 10.691.082,54	R\$ 55.087.026,07	R\$ 14.553.755,14
Maior	R\$ 9.285.103,46	R\$ 46.974.756,59	R\$ 13.371.447,02	R\$ 69.631.307,07	R\$ 14.544.281,00
Junho	R\$ 11.700.545,83	R\$ 56.268.824,17	R\$ 16.016.927,07	R\$ 83.986.297,07	R\$ 14.354.990,00
Julho	R\$ 14.062.583,47	R\$ 65.624.112,80	R\$ 18.679.833,19	R\$ 98.366.529,46	R\$ 14.380.232,39
Agosto	R\$ 16.436.994,52	R\$ 74.926.516,85	R\$ 21.327.685,97	R\$ 112.691.197,34	R\$ 14.324.667,88
Setembro	R\$ 18.750.071,54	R\$ 83.918.644,20	R\$ 23.887.221,21	R\$ 126.555.936,95	R\$ 13.864.739,61
Outubro	R\$ 21.222.413,56	R\$ 93.529.916,97	R\$ 26.643.737,68	R\$ 141.396.068,21	R\$ 14.840.131,26
Novembro	R\$ 23.603.831,49	R\$ 102.787.720,80	R\$ 29.298.879,13	R\$ 155.690.431,42	R\$ 14.294.363,21
Dezembro	R\$ 26.098.536,40	R\$ 112.490.211,06	R\$ 31.991.793,01	R\$ 170.580.540,47	R\$ 14.890.109,05
TOTAL	R\$ 26.098.536,40	R\$ 112.490.211,06	R\$ 31.991.793,01	R\$ 170.580.540,47	R\$ 170.580.540,47

A autoridade fiscal considerou que as referidas despesas seriam indedutíveis na apuração do Lucro Real e da base de cálculo da CSLL, a partir dos seguintes fundamentos:

No presente caso, podemos afirmar que os recursos obtidos através de empréstimos com as controladoras estrangeiras foram aplicados na atividade fim da SPAL, para geração de lucros? Resta evidente que não. Os recursos levantados foram imediatamente

repassados aos antigos controladores das empresas adquiridas.

O raciocínio é direto e deve guardar correspondência lógica com o entendimento acerca da despesa de amortização do ágio e, vale dizer, se a real adquirente das ações foi a controladora no exterior, que apenas utilizou sua subsidiária no Brasil para internalizar os recursos necessários à aquisição, quaisquer despesas a título de juros, relativas ao financiamento estruturado pela controladora mexicana, simplesmente não podem ser dedutíveis, pois a desconsideração dos efeitos tributários da operação que envolveu o ágio automaticamente afasta o reconhecimento de outras despesas a ele inerentes.

Inquestionável que tais empréstimos não eram necessários para a SPAL desempenhar suas atividades. Os recursos não foram empregados na expansão dos seus negócios, na melhoria das suas instalações, na promoção de suas atividades, no pagamento de suas próprias dívidas e nem no aumento de seu capital de giro. Em verdade, a SPAL não se beneficiou de um centavo sequer desses recursos, visto que todo o montante foi pago aos antigos proprietários das empresas adquiridas.

Uma vez demonstrado que a real adquirente – direta ou indiretamente - foi a controladora mexicana Coca-Cola FEMSA, também não se aplica à SPAL a dedução com base no art. 374 do RIR/99 (aquisição de investimentos).

Justifica-se também a glosa da dedução pretendida pela SPAL em razão do desconhecimento do tratamento fiscal dispensado a estes empréstimos no país de domicílio do real adquirente. Não sabemos nem a origem dos recursos emprestados pelas controladoras estrangeiras. No release supracitado consta que o financiamento das aquisições da CiaFlu e SPAIPA se deu através de empréstimos bancários. Dos cinco bilhões de reais investidos no país, quanto foi obtido através de empréstimos no exterior? Qual a taxa de juros destes empréstimos obtidos no exterior? Qual o tratamento tributário submetido pelo grupo FEMSA aos empréstimos concedidos às suas subsidiárias domiciliadas em outros países? Conforme consta no Relatório Financeiro informado pela Coca-Cola FEMSA à SEC, estes financiamentos possuem significativa influência nos resultados financeiros divulgados pelo grupo econômico em seus balanços consolidados:

[...]

Em conclusão, as despesas financeiras vinculadas aos empréstimos concedidos pelas controladoras estrangeiras operam exclusivamente em favor destas, não sendo necessárias para a fiscalizada. Assim, não configuram despesas dedutíveis para a SPAL, nos termos dos artigos 299 e 374 do RIR/99. Os valores deduzidos indevidamente a este título na apuração do Lucro Real e da Base de Cálculo da CSLL nos anos calendários de 2016 e 2017 serão glosados através do Auto de Infração, quais sejam, **R\$ 180.335.704,13** em 2016 e **R\$ 170.580.540,47** em 2017.

Para os julgadores de primeira instância, porém, estariam “presentes os mencionados requisitos de **necessidade, usualidade e normalidade** que autorizam a dedutibilidade das referidas Despesas Financeira (juros)”. Atestam, ainda, a efetiva existência das operações, que não deveriam, portanto, ser desconsideradas:

Quanto as despesas com os empréstimos, estes serão suportados pela SPAL, e estes empréstimos serviram para a aquisição das CiaFlu e da SPAIPA. Isso tudo está contabilizado, é real (não há simulação). Entender diferente é quase como desconsiderar todas as operações aqui discutidas, conquanto, só desconsideramos a questão da amortização do ágio para efeitos tributários, e não todas as operações no âmbito civil.

Considero que deve ser mantida a referida decisão.

As provas carreadas aos autos atestam que a SPAL, efetivamente, buscou recursos junto a suas controladoras, para, total ou parcialmente, fazer frente à aquisição da CiaFlu e da SPAIPA. Além disso, as referidas aquisições se destinaram à ampliação das atividades operacionais da Recorrente, de modo que as despesas com juros relacionados a tais operações de mútuo se adequam perfeitamente às prescrições contidas no art. 299 do RIR/99:

Art. 299. São operacionais as despesas não computadas nos custos, necessárias à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora (Lei n.º 4.506, de 1964, art. 47)

§ 1º São necessárias as despesas pagas ou incorridas para a realização das transações ou operações exigidas pela atividade da empresa (Lei n.º 4.506, de 1964, art. 47, § 1º).

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

Tal conclusão é reforçada pela análise realizada anteriormente, na qual se reconhece que a SPAL é a efetiva adquirente das citadas Companhias, de modo que improcedentes todas as alegações, inclusive contidas nas Contrarrazões apresentadas pela PGFN, que sustentam que as despesas em questão se deram no exclusivo interesse das suas Controladoras.

Voto assim, por negar provimento ao Recurso de Ofício quanto a tal matéria.

2.2.2 Da multa de ofício qualificada

No lançamento de ofício, houve a imposição da multa de ofício no percentual qualificado de 150% (cento e cinquenta por cento), conforme previsão contida no art. 44, §1º, da Lei n.º 9.430, de 1996, na redação conferida pela Lei n.º 11.488, de 2007:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas: (Redação dada pela Lei n.º 11.488, de 2007).

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata; (Redação dada pela Lei n.º 11.488, de 2007)

(...)

§ 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei n.º 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis. (Redação dada pela Lei n.º 11.488, de 2007)

Para a autoridade fiscal, foram dois os fundamentos que ensejaram a qualificação da penalidade, conforme se observa a partir do excerto do TVF a seguir transcrito:

Em relação à adoção de critérios distintos para fundamentação econômica do ágio, estamos diante de uma conduta dolosa com propósito evidente de excluir ou modificar as características essenciais do fato gerador. Houve a aquisição com sobrepreço lastreada em Laudo de Avaliação dos ativos, elaborado por empresa de auditoria, com o propósito de alocar cada valor em relação aos itens do ativo, reavaliados a valor de mercado (valor justo). Contudo, para fins fiscais, a empresa apresenta outro Laudo, com alocação

integral do sobrepreço como rentabilidade futura e passa a amortizar este ágio com base no inciso III do art. 386 do RIR/99. [...]

Resta evidenciado neste relatório que o Laudo de Avaliação alocando o sobrepreço à rentabilidade futura foi elaborado exclusivamente para simular a situação prevista na hipótese legal para dedutibilidade do ágio. Altera-se a realidade dos fatos (aquisição de ativos avaliados a valor justo), alocando-se o ágio na fundamentação que permita a maior redução da carga fiscal, em total desconformidade com o princípio da primazia da essência sobre a forma. Na presente auditoria, foram apresentados dois laudos, com valores distintos para o goodwill (expectativa de rentabilidade futura) – a confrontação de um laudo com o outro revela que um deles contém informação não verdadeira – que permitem à autoridade administrativa provar que o laudo que atesta para fins fiscais o fundamento econômico do ágio não condiz com a realidade econômica do ágio e se enquadra na hipótese de negócio jurídico simulado, nos termos do art. 167, §1º, inciso II do Código Civil.

[...]

Conforme anteriormente demonstrado, a conduta ilícita na amortização do ágio apurado na aquisição das empresas Companhia Fluminense de Refrigerantes (CiaFlu) e Spaipa SA Industria Brasileira de Bebidas (SPAIPA) consistiu na criação artificial da situação prevista nos arts. 7º e 8º, em outras palavras, da simulação da hipótese legal a fim de ser obtida vantagem fiscal.

Conforme demonstrado neste relatório, a real adquirente (quem decidiu, assumiu os riscos e arcou com os custos) é a controladora estrangeira (Grupo FEMSA), a quem caberia de acordo com as normas contábeis e tributárias vigentes em sua jurisdição verificar a possibilidade de dedução do ágio pago por ela na aquisição de empresas brasileiras. A simulação neste caso é realizada com o intuito de conferir direito a pessoa diversa (SPAL) daquela à qual realmente se confere (Coca-Cola FEMSA), nos termos do art. 167, § 1º, I do Código Civil.

[...]

A situação dos autos não pode ser vista como mera divergência na interpretação da legislação aplicável. Paradoxalmente, os dispositivos legais criados com o objetivo de restringir as operações de incorporação, fusão e cisão, “às hipóteses de casos reais”, está sendo aplicado para obter vantagens tributárias a partir da criação de novas hipóteses de casos artificiais, elaboradas em outro contexto.

[...]

Diante do exposto, deve ser aplicada a multa qualificada, uma vez, que o conjunto probatório dos autos revela a intenção de reduzir o tributo de maneira artificial, ou seja, configura a hipótese de fraude fiscal prevista no art. 72 da Lei nº 4.502/1964.

Na decisão de primeira instância, contudo, considerou-se ausente qualquer “artimanha ou simulação, pois tudo ocorreu as (sic) claras, e as operações foram todas reais”, que não haveria “comprovação do dolo (do caráter fraudulento) nas operações relatadas” e, finalmente, que não estaria presente qualquer “tipo de fraude, ou dolo na questão dos laudos” com fundamentos diferentes para os ágios pagos nas aquisições realizadas pela SPAL.

Mais uma vez, concordo com a citada decisão.

Conforme anteriormente tratado, considero que inexistiu qualquer artificialidade nas operações realizadas e registradas pela SPAL. Esta foi a efetiva adquirente da CiaFlu e da

SPAIPA, utilizando-se para tanto de mútuos realizados por suas Controladoras, em relação aos quais realizou pagamentos em expressivos montantes.

A par disso, o fato de a SPAL ter amortizado, sob o fundamento da expectativa de rentabilidade futura, despesas de ágio realizadas, parcialmente, para a aquisição de intangíveis, não permite a constatação de nenhuma das hipóteses previstas nos arts. 71 a 73 da Lei n.º 4.502, de 1964, que ensejariam a qualificação da multa de ofício.

A questão da obrigatoriedade de consideração dos intangíveis como fundamento do ágio pago guarda certa controvérsia, de modo que nada há nos autos que permita a constatação de intuito doloso da SPAL visando a ocultar ou modificar os fatos geradores ocorridos para ludibriar a Autoridade Tributária.

Neste sentido, voto pelo improvimento do Recurso de Ofício quanto a tal questão, mantendo a multa de ofício no percentual de 75% (setenta e cinco por cento).

3 CONCLUSÃO

Por todo o exposto, voto por negar provimento ao Recurso de Ofício e, quanto ao Recurso Voluntário, por dar-lhe parcial provimento, para reduzir o valor das exigências fiscais relativas à glosa de despesas com amortização de ágio e ausência/insuficiência de recolhimento de estimativas mensais de IRPJ/CSLL, conforme valores consignados nos itens 1.2.1.2 e 1.2.1.3.

(documento assinado digitalmente)

Paulo Henrique Silva Figueiredo