



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

Processo n° 19515.003974/2007-58
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1302-002.723 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 11 de abril de 2018
Matéria IRPJ e CSLL - ÁGIO E RESPECTIVO FUNDAMENTO ECONÔMICO
Recorrente FOTOPTICA LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2002, 2003, 2004

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO - FALTA DE DESEMBOLSO PARA PAGAMENTO DO VALOR PRINCIPAL E DO ÁGIO - IMPOSSIBILIDADE

Inexistindo provas de que o investidor tenha despendido valores para pagar o valor da participação e, principalmente, do ágio demonstrado em laudo a que alude o § 1º do art. 385 do RIR, deixa-se de preencher pressuposto essencial à validação das amortizações pretendidas.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso voluntário, nos termos do relatório e voto do relator

(assinado digitalmente)

Luiz Tadeu Matosinho Machado - Presidente.

(assinado digitalmente)

Gustavo Guimarães da Fonseca - Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Luiz Tadeu Matosinho Machado (Presidente), Rogério Aparecido Gil, Paulo Henrique Silva Figueiredo, Marcos Antônio Nepomuceno Feitosa, Lizandro Rodrigues de Sousa (Suplente Convocado), Carlos César Candal Moreira Filho, Flávio Machado Vilhena Dias e Gustavo Guimarães da Fonseca.

Relatório

Cuida-se de recurso voluntário interposto por Fotóptica Ltda. contra decisão da DRJ/SPOI (Acórdão nº 1624.412) que havia julgado improcedente a impugnação originariamente oposta, mantendo-se, na íntegra, o auto de infração lavrado em face do contribuinte e cuja a ementa reproduzo a seguir:

Assunto: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICAIRPJ

Ano calendário: 2002, 2003, 2004

RELATÓRIO DE AVALIAÇÃO ECONÔMICA DE PESSOA JURÍDICA INCORPORADA. RENTABILIDADE FUTURA.

É indispensável, para a aceitação do relatório, a apresentação dos elementos que deram suporte a avaliação apresentada.

INCORPORAÇÃO DE EMPRESA DO MESMO GRUPO. CUSTO DE INTEGRALIZAÇÃO DE CAPITAL. ÁGIO. RENTABILIDADE FUTURA.

Não é aceita, para fins fiscais, a amortização de ágio obtido com a integralização de capital através de crédito relativo a suprimento de numerário realizado entre empresas do mesmo grupo. Não há como reconhecer ágio com base em rentabilidade futura, por faltar, à luz da Teoria da Contabilidade, a necessária independência entre as partes envolvidas.

AUTO REFLEXO CSLL.

O decidido, no mérito do IRPJ, repercute na tributação reflexa.

SALDO DE BASE NEGATIVA DA CSLL.

Deve ser provada a existência de saldo de bases negativas de exercícios anteriores, através da apresentação do LALUR, para poder ser considerada na apuração da base tributável da CSLL. Mantido o lançamento realizado. Impugnação Improcedente Crédito Tributário Mantido

Pelo que se deduz dos fatos descritos nos autos, a D. Auditoria Fiscal teria promovido a glosa de despesas com amortização de ágio, surgido na aquisição de investimento pela recorrente, nos idos de 2002 a 2004, sustentando, em apertada síntese:

a) que laudo lavrado para apurar o valor da investida conforme metodologia de fluxo de caixa descontado restara lastreado em critérios não demonstrados ao longo do aludido estudo, reforçando a sua conclusão pela alegação de que os valores ali descritos não teriam se concretizado nos exercícios subsequentes;

b) que, lado outro, "como a incorporada Alta Vista Ltda era controladora da sociedade incorporada Óticas Grande Visão Ltda, não se justificando, a incorporação da controladora pelo valor do patrimônio líquido e a controlada pela rentabilidade futura, tendo em vista que o patrimônio da controlada deve refletir no patrimônio da controladora pela equivalência patrimonial, não se justificando também por este motivo o ágio na aquisição da controlada".

Tal qual se observa da ementa do acórdão da DRJ supra transcrita, aquele colegiado introduziu um terceiro fundamento para a glosa das despesas, sustentando, a par do que disse a fiscalização, que o ágio em questão teria surgido a partir de operações realizadas num mesmo grupo econômico.

Intimada do resultado do julgamento em 31/05/2010 (AR de e-fls. 1.438), a recorrente interpôs seu recurso voluntário (à e-fls.1.446) em 29/06/2010, sustentando, resumidamente, que:

a) tanto a Fiscalização como a DRJ teriam incorrido em erro de premissas, ao considerar o surgimento do ágio em 2002, quando da incorporação da sociedade "Alta Vista" (e, por conseguinte, de sua controlada, Óticas Grande Visão); em verdade, afirma, a predita mais valia teria ocorrido por ocasião da aquisição do investimento pela subscrição de 10.000.000 de cotas, na empresa "Alta Vista" nos idos de 2001, mediante dação em pagamento de créditos cedidos pela empresa Companhia de Participações Alpha. Informa, ainda, que durante este período promoveu o aumento do capital social da Alta Vista no montante de R\$ R\$ 86.224.714,00 (que, consoante explicita, não faria parte do ágio objeto desta demanda fiscal);

b) a citada Companhia de Participações Alpha não seria controladora da sociedade "Alta Vista";

c) o Laudo de Avaliação por expectativa de rentabilidade futura calcado no critério de fluxo de caixa descontado teria por objeto a empresa "Óticas Grande Visão", único ativo da sociedade "Alta Vista" e estaria substancialmente fundamentado, sendo certo que o fato das previsões ali descritas não terem sido alcançadas nos períodos posteriores não seria suficiente para lhe desacreditar. Mais que isso, afirma, que, caso a Fiscalização realmente entendesse que o critério utilizado (fluxo de caixa descontado) não fosse o correto para avaliar as preditas sociedades, lhe competiria, então, dizer qual seria o critério mais adequado.

Após discorrer sobre a regularidade e, conseqüente, legalidade das amortizações intentadas, ao fim, e sucessivamente, requereu que, caso mantidas as glosas efetivadas pela D. Fiscalização, fosse o lançamento anulado em decorrência de erro de cálculo dos valores concernentes à CSLL, mormente porque desconsiderado, pela D. Auditoria, saldos de bases de cálculo negativas apuradas em anos anteriores, o quais deveriam ter sido objeto de compensação, observado o limite percentual legal.

O processo foi remetido a este colegiado, aos cuidados do então relator, Conselheiro, Alberto Pinto Júnior, que, de imediato, votou por converter em diligência o julgamento (Resolução 1302-000.367 - e-fls 1.471/1.478) a fim de apurar os seguintes fatos:

a) considerando que o contribuinte afirmara que o ágio teria surgido quando da subscrição de 10 milhões de reais do capital da empresa "Alta Vista", que se comprovasse, por documentos idôneos o respectivo pagamento de R\$ 62.450.126,62, apresentando, na oportunidade, o laudo em que restaria fundamentado o predito ágio;

a,1) levando em conta, ainda, a premissa acima, que se comprovasse o registro contábil da *"reserva de capital (ágio na subscrição) no mesmo valor, no patrimônio líquido da Alta Vista"*, justificando-se, na oportunidade, o motivo pelo qual a DIPJ AC 2001 da Alta Vista (e-fl. 1.026) não teria informado saldo nessa conta (reserva de capital);

b) em função do pedido sucessivo apresentado pelo contribuinte, que a DEFIC/SP informasse o valor do saldo de base de cálculo negativa de CSLL existentes tanto na época dos fatos geradores tratados neste feito, como na data do lançamento (data da lavratura do auto de infração) e, ainda, na data presente.

Em atendimento às intimações efetivadas em decorrência da determinação constante da resolução supra, o contribuinte apresentou os seguintes documentos:

- (i) *cópia do Livro Geral da Alta Vista S.A.;*
- (ii) *cópia do Balancete da Alta Vista S.A. (maio/2001);*
- (iii) *cópia da conciliação de contas da operação;*
- (iv) *cópia do recibo de integralização de capital no valor de R\$ 10.000.000,00;*
- (v) *cópia do Laudo que fundamentou a operação de subscrição com ágio em questão; e*
- (vi) *cópia da página do Livro Razão da Peticionária, de maio de 2001, onde consta tal integralização com ágio.*
- (vii) *cópia da DIPJ ano-calendário 2001 da peticionária, de onde se denota a correta informação acerca do ágio (doc. 01);*
- (viii) *cópia dos balancetes dos anos de 1999 e 2000 da Óticas Grande Visão Ltda., empresa detida pela Alta Vista S.A. e em razão da qual foi constituído o ágio com fundamento em rentabilidade futura (doc. 02);*
- (ix) *cópia da ficha 44 da DIPJ da Alta Vista S.A., ano-calendário 2001, mostrando que o valor da empresa Óticas Grande Visão Ltda, por equivalência patrimonial era de R\$ 26.637.688,16 (doc. 03);*
- (x) *cópia do Balancete da Peticionária, de dezembro de 2001, demonstrando a devida contabilização da participação na empresa e do respectivo ágio (doc. 04);*
- (xi) *cópia do Livro Diário da Peticionária, de maio de 2001, onde se verifica a correta contabilização dos 02 (dois) investimentos havidos na Alta Vista S.A., nos valores de R\$ 10.000.000,00 em 15/05/2001, e de R\$ 86.224.714,00 em 27/05/2001, com a formação do ágio de R\$ 62.450.126,62 (valor referente à rentabilidade futura da empresa Óticas Grande Visão Ltda. , conforme laudo) (doc. 05);*
- (xii) *cópias das Atas da Assembléia Geral referentes às subscrições em referência (doc. 06).*

Além disso, nesta ocasião, o contribuinte teceu as suas considerações sobre os documentos apresentados afirmando, inclusive, que os mesmos dariam lastro às conclusões exaradas no Laudo de Avaliação lavrado para mensurar a empresa Alta Vista e, principalmente, a empresa Óticas Grande Visão (objeto, propriamente, do aludido estudo dado que, pelo que afirmara o contribuinte, era o único ativo daquela primeira empresa).

Esclareceu, por fim, que não constara da DIPJ AC2001 da empresa Alta Vista o registro da reserva de capital tratada pela resolução porque a aludida empresa teria incorrido em erro de contabilização ao escriturar a "*totalidade na conta de capital*" dos valores do investimento "*em vez de dividi-lo entre capital e reserva de ágio, o que de forma alguma causou qualquer prejuízo ao erário*".

Por ultimo, apresentou nova manifestação por meio da qual premeu pela apresentação das demonstrações financeiras da empresa Óticas Grande Visão, datadas de 31 de dezembro de 2000 e 2001, acompanhadas de parecer de auditoria independente, além dos originais dos Livros Razão de 2000 e 2001 da empresa "Alta Vista". Alega ter solicitado à Junta do Comércio de São Paulo das cópias das vias dos recibos de integralização de capital noticiada linhas acima, sem sucesso até então.

Através de nova resolução (1302-000.414 - e-fls. 1681 e segs.), o então relator determinou nova diligência para que fosse cumprida a solicitação descrita no item "b" da citada decisão que fora apenas parcialmente atendida pela Unidade de Origem (apresentou-se apenas o valor dos saldos negativos havidos pela empresa antes dos fatos geradores); como resultado disso, foi prolatada uma terceira resolução, desta vez, de nº 1302-000.483 (e-fls. 1.704/1.715) para que a solicitação supra fosse integralmente cumprida.

Desta vez, à e-fls. 1.738, a Unidade de Origem apresentou a informação completa que, somada aquela constante dos demonstrativos de e-fls. 1.698, representaria a seguinte realidade:

SalDOS de BC Negativa dos períodos solicitados pelo então Relator (2002 a 2004, 2007 e 2013)				
AC 2002 (R\$)	AC 2003 (R\$)	AC 2004 (R\$)	AC 2007 (07/12/2007) (R\$)	AC 2013 (31/12/2013) (R\$)
18.249.732,42	18.249.732,42	18.249.732,42	44.465.982,81	178.526.665,43

A Autoridade Fiscal afirmou não ter identificado qualquer compensação anterior e, mais, não ter localizado registros no SPED-ECF para os anos-calendários ulteriores (2014 e ss).

Os autos então retornaram a este Conselho, tendo sido redistribuídos à minha relatoria.

Este, o relatório.

Voto

Conselheiro Gustavo Guimarães da Fonseca - Relator

O recurso é, como já reconhecido, por três vezes, pelo Conselheiro Alberto Pinto Júnior, tempestivo e preenche todos os pressupostos de cabimento, pelo que, dele conheço.

I Preliminarmente.

Tal qual se extrai dos autos, observa-se que o contribuinte não foi formalmente intimado de nenhum dos relatórios de diligência apresentados no feito.

É certo que, em especial, quanto às requisições constantes dos itens "a" e "a.1", semelhante intimação seria, até mesmo, despicienda, já que não revolveu qualquer ato específico da parte da Unidade de Origem que impusesse novas apurações; ali, restou limitada a atividade da predita Unidade à intimação do contribuinte para apresentar novos documentos e informações, ocasião em que o recorrente teve, inclusive, a oportunidade de elaborar suas respostas quase que como aditivas ao seu recurso (não havendo, por isso mesmo, prejuízos à sua defesa ou violação ao contraditório).

Quanto a solicitação descrita em "b", e reiterada nas resoluções subsequentes, era de prudente alvitre que ao recorrente fosse dada ciência, quiçá, para que tivesse conhecimento dos valores identificados pela Unidade de Origem. A falta de intimação, neste passo, encerraria, a meu sentir, a obrigação de conversão do julgamento numa nova (e quarta) diligência, evitando-se, assim, eventual nulidade.

Ocorre, entretanto, que, conforme se extrai do documento de e-fls. 1.744, o contribuinte, por meio de procurador regularmente constituído por meio da procuração de e-fls. 1.783 (*in casu*, a Sra. Thais Gimenes França), requereu e teve deferida vista dos autos para obtenção de cópias das peças que lhe fossem de interesse. Vale dizer que o aludido instrumento conferia poderes amplos, a seus procuradores, para o representar "*perante à Secretaria da Receita Federal do Brasil e Procuradoria da Fazenda Nacional, nos autos do processo n 19515.003974/2007-58, podendo apresentar requerimentos e petições de quaisquer espécies, obter vista e cópia integral de processos administrativos, bem como solicitar quaisquer tipos de certidões, relatórios ou outras informações protegidas por sigilo fiscal, firmar acordos de parcelamentos e confessar a legitimidade de débitos*".

Considerando-se, neste particular, que a despeito da ausência de intimação o contribuinte compareceu espontaneamente ao feito, invoca-se, aqui, inclusive, o art. 239, § 1º, do CPC, que, nada obstante tratar das "citações", me parece, seria aplicável também à hipótese das intimações como vem, aliás, reconhecendo o Superior Tribunal de Justiça:

*AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. LOCAÇÃO. DECISÃO MANTIDA PORSEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. COMPARECIMENTO ESPONTÂNEO DA PARTE. CIÊNCIA INEQUÍVOCA DOS TERMOS DO DECISUM. NULIDADE DE INTIMAÇÃO DA SENTENÇA NÃO RECONHECIDA. PRECEDENTES. 1. **Supre a falta de intimação o comparecimento espontâneo da parte**, representada por advogada, que, como tal, se apresenta, deixando patente o pleno conhecimento dos termos da sentença. Precedentes desta Corte. 2. Agravo regimental a que se nega provimento (STJ - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL AgRg no REsp 968486 PR 2007/0165390-0 (STJ.) Data de publicação: 09/03/2011)*

Assim, ainda que não formalmente intimado do resultado das diligências propostas neste feito, o comparecimento espontâneo do recorrente supriria esta "omissão", sendo desnecessárias providências adicionais.

II Da inversão do silogismo. Questões fáticas que devem ser dirimidas de imediato.

Tenho como praxe a elaboração de meus votos seguindo, à risca, a construção lógica de meu raciocínio, tentando, dentro do possível, estruturá-lo na forma de um silogismo, tratando, primeiramente, das premissas maiores do caso (o direito aplicável) para, em seguida, abordar as premissas menores (os fatos que conformam a lide), apresentando, ao final, as minhas conclusões.

O caso em testilha, todavia, detém questões que impõem uma inversão deste raciocínio, notadamente porque, não obstante tratar de aproveitamento de ágio (matéria que, via de regra, revolve teses jurídicas que sobrepujam as premissas fáticas normalmente aventadas), as operações em análise são substancialmente simples... em verdade, a demanda em análise não contempla sucessões de operações societárias complexas; não trata da análise econômica das operações engendradas (com a perquirição do intento negocial do contribuinte), nem revolve atos típicos de semelhante discussão como o uso de empresas veículo ou pagamento mediante troca de ações (por isso mesmo, destaque-se, não foi, nem mesmo, aplicada multa qualificada ao caso).

Não por outra razão, diferentemente do que usualmente faço em processos tais, não me ocupei da representação gráfica das operações com a demonstração, detalhada, de suas etapas.

Aqui, vejam bem, houve uma aquisição em 2001, pela recorrente, da empresa Alta Vista que, por sua vez, detinha participação na empresa Óticas Grande Visão (alvo, efetivo, da recorrente). Neste momento, teria surgido o ágio no valor de R\$ 62.000.000,00 (aproximadamente). Passo seguinte, em 2002, teria ocorrido a extinção deste investimento com a confusão patrimonial do contribuinte com as empresas investidas a partir de uma incorporação.

A análise rasa desta operação, tal qual aqui retratada, permitiria a conclusão, apressada, de que estaríamos diante de exemplo claro e típico de operação societária a autorizar, na forma do art. 386 do RIR (arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97) a amortização fiscal do ágio.

O que preocupou, todavia, a fiscalização, e culminou, ao fim e ao cabo, com a lavratura do auto de infração ora polemizado, foram **fatos** identificados pela D. Auditoria que, a seu ver, não permitiriam a tipificação completa das hipóteses tratadas pelo citados arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97, a saber:

a) o laudo apresentado pelo contribuinte para justificar o ágio não estaria calcado em provas suficientes a demonstrar os valores por ele contemplados;

b) finalmente que, como a Alta Vista era controladora da empresa Óticas Grande Visão, não se justificaria *"a incorporação da controladora pelo valor do patrimônio líquido e a controlada pela rentabilidade futura, tendo em vista que o patrimônio da controlada deve refletir no patrimônio da controladora pela equivalência patrimonial, não se justificando também por este motivo o ágio na aquisição da controlada"*.

A DRJ/SPOI, de outra ponta, inova a discussão (consoante exposto no relatório acima) e afirma, outrossim, que a operação teria se dado entre empresas pertencentes

a um mesmo grupo (a fiscalização afirma, e o recorrente, contesta, que a empresa Companhia de Participações Alpha seria controladora da incorporadora - recorrente - e, também, da incorporada), trazendo, no acórdão, a discussão relativa ao aproveitamento, ou não, do ágio gerado em operações intra-grupos.

A despeito de quaisquer ilações adicionais estes fatos são prementes e qualquer tese jurídica que se queira sustentar dependerá, incontendivelmente, da verificação da acuidade das conclusões fiscais sobre eles. Daí, a necessidade de analisá-los, desde logo, para, se for o caso, aprofundar a análise do feito sob o prisma técnico-teórico que a matéria potencialmente encerra.

II.1 Ágio interno?

Não obstante minhas ressalvas quanto a inovação incorrida pela DRJ/SPOI, já que, como dito, a ocorrência de operações intragrupos não foi abordada pela auditoria fiscal, verdade seja dita que, mesmo admitida tal inovação, a conclusão a que se chega é de que não houve, objetivamente, transação entre empresas interdependentes.

De fato, tal qual se deduz do documento de e-fls. 107 (Ata de Assembléia de Constituição e quadro societário da Alta Vista S/A), datada de 09 de junho de 1998, a citada companhia possuía como únicos sócios uma sociedade estrangeira (Grand Vision, com 999 cotas) e o Sr. Luiz Augusto de Oliveira Cunha (1 cota). Entre esta data e a Ata de Assembléia Extraordinária, ocorrida em 16 de maio de 2001 (e-fls 126), não há notícias ou documentos que atestem, até então, que qualquer outra empresa, incluindo-se a recorrente ou a sua controladora, participavam de qualquer sorte da Alta Vista S/A. E, como a existência de ágio interno não foi tomada como pressuposto para a glosa pela fiscalização, não houve, efetivamente, um aprofundamento no tema.

Em linhas gerais, pelos dados que constam dos autos, o fato é que a Alta Vista foi adquirida pelo contribuinte apenas por ocasião da citada AGE, aliás como se extrai do Livro Diário da companhia à e-fls. 1.500; neste mesmo documento, vale dizer, também consta a transferência de cotas ao Sr. Marcelo Marques de Oliveira, sócio da recorrente e, também, de sua controladora, Companhia de Participações Alpha... ou seja, até a data da ocorrência do fato relevante, que, efetivamente, gerou o ágio ora polemizado, a empresa Alta Vista S/A **não mantinha com a recorrente ou sua controladora, qualquer vínculo ou relação societária.**

É verdade que o documento de e-fls. 142 demonstra que a empresa Óticas Grande Visão tinha seu capital dividido entre a sociedade Alta Vista (aqui, já sob a forma de sociedade de responsabilidade limitada) e o Sr. Marcelo (proprietário da empresa Alpha). Tal realidade, no entanto, remonta à data de novembro de 2001 e, portanto, muito depois das operações realizadas para a aquisição da Alta Vista. Mais uma vez, insista-se, não há provas, documentos, indícios e quejandos que possam demonstrar a composição societária da Óticas Grande Visão em data anterior à retratada em sua 40ª Alteração Contratual (e vale destacar que ônus *probandi*, aqui, era e é do fisco, a teor dos preceitos do art. 142 do CTN).

A mim não parecem haver dúvidas razoáveis de que as operações aqui tratadas foram realizadas por empresas totalmente independentes, não recaindo sobre esta operação, as orientações (me recuso em reconhecê-las de outra forma) contidas na Resolução CFC 1.110/2007, invocada pela DRJ, ou, mesmo no CPC 27 ou, ainda, no Ofício-Circular/CVM/SNC/SEP nº 01/2007, de 14 de fevereiro de 2007.

II.2 Do laudo.

As críticas ao laudo lavrado para avaliar a empresa Óticas Grande Visão podem ser resumidas partir do trecho a seguir transcrito, constante do TVF:

O Relatório de Avaliação Econômica da incorporada Óticas Grande Visão Ltda,efetuada pela própria fiscalizada, pretendeu efetuar a avaliação econômica-financeira de 100% das quotas baseada na metodologia da Rentabilidade Futura com base em fluxos de caixa descontados, não informando os critérios utilizados para os cálculos das mesmas, nem tão pouco outros elementos solicitados por esta fiscalização, não havendo sequer o valor final da avaliação adotada para a incorporação, tampouco se concretizou as previsões consideradas para a rentabilidade futura, pois, logo a partir do primeiro ano não houve apuração dos resultados esperados, isto é não houve apuração de lucros, conforme consta nos quadros referentes às Declarações de IRPJ.

Do termo de intimação juntado à e-fls. 84, houve, realmente, uma intimação do contribuinte para esclarecer como o laudo teria chegado "*aos valores de ágio (R\$62.450.126,62) contabilizados na incorporação das pessoas jurídicas Alta Vista Ltda, cnpj 02.652.578/0001-58 e Óticas Grande Visão Ltda, cnpj 02.547.945/0001-53*", determinando, mais, à empresa, que exibisse "*elementos comprobatórios dos critérios utilizados para projeção de rentabilidade futuras, tais como: projeção do balanço patrimonial, projeção do fluxo de caixa descontado, análise de sensibilidade das variáveis de risco do fluxo de caixa, premissa utilizada para o cálculo da taxa de desconto etc.*".

Nada obstante, *venia concessa*, entendo que a Fiscalização deveria ter se aprofundado mais no exame do citado laudo (bastando dizer-se, neste particular, que o TVF tem apenas 3 laudas, das quais, apenas 1 trata do objeto da autuação); mais que isso, deveria ter sido mais precisa quanto ao requisição das informações, não bastando, a solicitação, até certa forma, genérica de "elementos comprobatórios" deste ou daquele critério inespecífico... era, até pela importância econômica do caso, esperado que a D. Auditoria apontasse, quando menos, quais dados constantes do laudo mereceriam reprimendas e maiores explicações.

Meus pares sabem da minha rigidez quanto ao cumprimento dos requisitos formais exigidos pela legislação de regência; inclusive para que não recaia sobre este julgador a pecha de "incoerente", vale destacar que recentemente, quando do julgamento do PA de nº 10830.721270/2014-42, fiz críticas à laudo lavrado a partir de informações desprovidas de provas e indicações de fontes de consulta ou, quiçá, fórmulas que permitissem a sua verificação; naquele feito, todavia, a própria fiscalização apontou, desde logo, quais os pontos do aludido estudo que careceriam de atenção e, mais, demandariam comprovação... e, mesmo assim, tal qual afirmei lá, reafirmo aqui: não basta criticar os critérios; é preciso que a fiscalização apresente a sua "contraprova" ou, no mínimo, as fontes que nos permitiriam alcançar conclusões diferentes daquelas atingidas pela empresa (insisto; o mister de demonstrar o fato infracionário é da Fiscalização, pena de subversão das regras encartadas no art. 142 do CTN).

Enfim... a inespecificidade da intimação noticiada anteriormente, inclusive, resultou na própria inação do contribuinte que, diga-se, não ajudou muito ao deixar de apresentar explicações, mesmo que por amostragem, de parte das conclusões do laudo. Nada

obstante, quando corretamente instada, e depois de tomar ciência das conclusões fiscais, aí sim, cuidou de esclarecer boa parte das conclusões exaradas pela auditoria independente, como se depreende da resposta à intimação fiscal, decorrente da primeira diligência determinada por este Colegiado (e-fls. 1.559/1.562):

Com relação aos Balancetes mencionados no item (viii), cumpre ressaltar que foram os que deram origem aos estudos efetuados em razão dos investimentos na empresa Alta Vista, com se verifica de seu simples confronto com a planilha constante do laudo então elaborado, ora novamente anexado para facilitação das análises (doc. 07);

Como se nota, a receita bruta da empresa Óticas Grande Visão Ltda. foi de, aproximadamente, R\$ 27.395.000,00 em 1999 e de R\$ 29.498.000,00 em 2000, demonstrando um crescimento real na ordem de 8,4%, que projetados para os próximos 10 anos resultou na expectativa de rentabilidade futura do o ágio sob discussão.

É de se ressaltar, ainda, que antes da negociação em pauta, mas já almejando expandir, houve grande investimento estrutural e de modernização e expansão na empresa Óticas Grande Visão Ltda., como se comprova pela análise dos valores dos gastos pré-operacionais constantes de seus balancetes (aproximadamente R\$ 50.000.000,00 em 1999 e R\$ 43.000.000,00 em 2000), fato que corrobora a expectativa de rentabilidade futura criada entre as partes, já que nenhuma empresa realiza tais investimentos pré-operacionais se não almejando expandir!

Há, de fato, variáveis apontadas no laudo cuja origem é, grosso modo, nebulosa; cite-se, v.g., o citado "custo do capital do acionista" utilizado como um dos elementos da fórmula fixada para o cálculo da taxa de desconto; neste caso, este "custo" leva em consideração determinados indicadores cuja origem, e valores, não são explicados pela consultoria - dentre eles o "beta" e o "prêmio de mercado" descritos à e-fls. 268.

Mas, como dito, a fiscalização não aprofunda a sua análise; não identifica os dados que seriam subjetivos e que, por isso mesmo, imporiam explicações mais pormenorizadas (objetivamente, não nos é dado saber até mesmo quais informações constantes do aludido laudo careceriam, de acordo com a Auditoria, de outras provas que não as constantes do próprio laudo); e, mais que isso, não aponta dados "paradigmas" para serem contrapostos aos valores apurados pela citada auditoria.

E, por isso mesmo, pelas justificativas apresentadas no TVF, não vejo máculas no estudo utilizado para lastrear a operação que deu origem ao ágio aqui tratado.

Cabe, ainda, mais uma observação; o fato de, no ano subsequente, a Fotóptica não ter observado os resultados apontados no laudo de expectativa por rentabilidade futura, não revela, nem mesmo, indício de incorreção do estudo; a demonstração embasada na hipótese tratada no art. 20, § 2º, "b", do Decreto-Lei 1.598/77 revolve, justamente, uma expectativa. Não se trata de uma previsão profética ou de uma certeza... espera-se alcançar aqueles valores caso as condições verificadas na data do estudo permaneçam as mesmas ou evoluam como esperado.

III Demais aspectos do caso.

III.1 O fato das duas empresas incorporadas manterem relação de controle aventado pela fiscalização.

O outro ponto de discórdia sustentado pela D. Auditoria se centra em trecho do TVF já reproduzido no relatório mas que, peço vênia, transcrevo novamente:

(...) como a incorporada Alta Vista Ltda era controladora da sociedade incorporada Óticas Grande Visão Ltda, não se justificando, a incorporação da controladora pelo valor do patrimônio líquido e a controlada pela rentabilidade futura, tendo em vista que o patrimônio da controlada deve refletir no patrimônio da controladora pela equivalência patrimonial, não se justificando também por este motivo o ágio na aquisição da controlada.

Permissa venia, mas tive muitas dificuldades para entender semelhante interjeição... o que pretendia, a D. Auditoria, Fiscal? Que as demonstrações não justificariam o valor atribuído pela recorrente para a aquisição da Alta Vista? Que bastaria a incorporação isolada desta última, sendo equivocada a informação constante do Protocolo de Justificação, que atesta a absorção das duas empresas?

Lembrem-se que até o advento da Lei 12.975, não se exigia "laudo" propriamente para justificar o ágio, bastando, neste particular, a existência de "demonstrações" que o legitime... assim, como a Alta Vista não possuía outras participações societárias (informação que se atesta, inclusive, pelo Diário e Balancetes trazidos pela recorrente), a avaliação desta com base apenas no PL da Óticas Grande Visão (esta, sim, dotada de diversos ativos, incluindo-se lojas distribuídas por todo o país) pela rentabilidade futura, me pareceu, verdade seja dita, lógica.

O MEP, diga-se, reflete apenas o valor paradigma para justamente apontar a formação do ágio, como, aliás, pontua o art. 385 do RIR:

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.

Ou seja, a demonstração do valor do patrimônio líquido da Alta Vista se prestou, inclusive, ao registro do investimento pela recorrida na forma do preceito supra transcrito, valendo-se da avaliação da empresa Óticas Grande Visão para efetivamente comprovar a mais valia.

Neste passo, não se sustentam as críticas intentadas pela fiscalização à metodologia adotada pelo recorrente.

III.2 Dos resultados das diligências.

Por fim, quanto as diligências determinadas por este colegiado, vale uma análise dos documentos acostados ao feito, pelo recorrente, para responder as dúvidas surgidas quando da prolação da resolução de nº 1302-000.367. Transcrevo a seguir, os exatos termos do fundamento daquela decisão e da própria requisição realizada pelo então Relator, Alberto Pinto Junior, constante da aludida resolução, para a exata compreensão do caso:

Por sua vez, a recorrente quando alega que as autoridades fiscais se equivocaram, pois afirma que o ágio em tela não foi contabilizado no momento das incorporações, mas por ocasião da aquisição do investimento pela Recorrente na sociedade Alta Vista, em maio de 2001, mediante a subscrição de capital no valor de R\$ 10.000.000,00 e que bastaria que o l. Auditor Fiscal analisasse: (i) o nome da conta do razão contábil n. 1300102 (Ágio em Investimento Alta Vista Ltda. p. 86 do Processo Administrativo) e (ii) a DIPJ referente ao ano calendário 2002 (p. 196 do Processo Administrativo), para constatar que o valor do ágio (R\$ 62.450.126,62) já existia no ano calendário de 2001. Ao se compulsar os autos, entretanto, não se encontra documentos comprobatórios da subscrição de capital alegada pela recorrente.

Em face do exposto, voto por converter o julgamento em diligência, para que:

a) a recorrente seja intimada a:

a.1) comprovar, com documentos idôneos, a subscrição de capital, em maio de 2001, na Alta Vista S.A., no valor de R\$ 10 milhões, com pagamento de ágio no montante de R\$ 62.450.126,62, apresentando o laudo que o fundamentou o ágio.

Pois bem, quanto a comprovação do valor efetivamente pago em decorrência da aquisição da empresa Alta Vista, o contribuinte apresentou o documento de e-fls. 1.511 (cópia simples) do qual se extrai a seguinte informação:

*Alta Vista S.A. (...) declara estar recebendo nesta data [15 de maio de 2001] da **FOTÓPTICA LTDA.** (...) a quantia total de R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais), provenientes de créditos decorrentes da conversão parcial dos valores do Contrato de Suprimento de Caixa celebrado, originariamente, entre a Companhia de Participações Alpha e a Sociedade em 31 de julho de 1998, e que fora cedido pela credora de Participações à Fotóptica Ltda em 28.04.2001, a título de integralização de 10.000.000 (dez milhões) de ações da Sociedade, conforme ata de Assembléias Gerais (...).*

Aos meus pares eu pergunto: onde, neste documento, se vê o pagamento de R\$ 62.450.126,62 que justificaria a amortização glosada pela Fiscalização? Este recibo, vejam bem, comprova o pagamento de R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais) pela subscrição e integralização de 10.000.000,00 (dez milhões) de ações...

Notem, que pelas informações prestadas pelo próprio contribuinte, o valor total do crédito cedido (e utilizado para pagar as ações da empresa Alta Vista) alça a monta de R\$ 96.224.714,80; como descrito no próprio recibo acima, e, ainda, do Livro Diário Geral da Alta Vista (também trazido pelo recorrente), deste valor foram utilizados **apenas** R\$ 10.000.000,00! O saldo remanescente - R\$ 86.224.714,80 foi utilizado integralmente para integralizar as novas ações emitidas por ocasião do aumento de capital da Alta Vista (o que se comprova pelo lançamento constante de e-fls. 1.501), que, tal qual afirma o próprio contribuinte, não compôs o ágio ora polemizado:

De se registrar que, posteriormente, houve um novo aumento de capital por parte da Recorrente na sociedade Alta vista, no valor de R\$ 86.224.714,00 (p. 124 a 135 do Processo Administrativo), mas que não integra o valor do ágio em referência (R\$ 62.450.126,62).

Ora, onde se encontra a prova (exigida pela Resolução acima tratada), de que o contribuinte pagou, pelo investimento, o montante de R\$ 62.000.000,00?

Notem que na DIPJ AC2001, constante de e-fls. 1.026, não há qualquer registro, menção ou informação sobre ganho de capital porque a Alta Vista teria que registrar tal ganho no campo destinado à reserva de capital (já que a recorrente adquiriu, apenas, a participação societária).

Daí o questionamento do então Relator, lançada no item a.2 da resolução 1302-000.367 e que, a meu ver, não foi suficientemente justificado pelo recorrente. Não consegui localizar na predita DIPJ nada que pudesse, nem mesmo aproximadamente, apontar para o registro do citado valor (R\$ 62.000.000,00), seja em reserva de capital, seja, como dito pelo contribuinte, na própria Linha 26 do Balanço reproduzido na aludida declaração.

Notem, que o contribuinte lançou, ali, um valor correspondente à R\$ 97.846.479,78 (e-fls. 1.026). Considerando-se que o próprio recorrente afirma que no ano de 2001 houve um aumento de capital à ordem R\$ 86.224.714,00 que não compôs o ágio ora analisado, a alegação de que houve mero erro de contabilização ecoa no vazio... o valor das cotas e respectivo ágio não foram, pura e simplesmente, considerados pela empresa porque o pagamento, pelos documentos ora acostados, o foi no importe de, apenas, R\$ 10.000.000,00.

O art. 385 do RIR, quando trata da aquisição de investimento e determina o desdobramento de seu custo de compra, por certo, pressupõe o pagamento efetivo do valor principal da participação e, como consentâneo lógico, do ágio incorrido na operação. Não adianta, neste passo, que a sociedade despenda apenas o valor equivalente ao montante contábil da participação; é imperioso que haja a prova do desembolso, também, da mais valia apurada nas demonstrações a que alude o §1º do art. 385. Neste sentido, vale transcrição de trecho do voto proferido pelo Conselheiro Rafael Vidal de Araújo, no acórdão de nº 9101-002.470, da Primeira Turma do Câmara Superior deste Conselho:

*Conclui-se, portanto, que o art. 386 do RIR/1999, sob o aspecto pessoal, se dirige à investidora que vier a incorporar sua investida (ou por ela ser incorporada), após ter efetivamente **acreditado na mais valia do investimento, feito os estudos de rentabilidade futura e desembolsado os recursos para a aquisição da participação societária (tanto o valor do principal quanto o do ágio)** (grifos no original).*

E, destaque-se, a mera contabilização do ágio pela investidora não satisfaz, em absoluto, o requisito em testilha; em não havendo desembolso (de qualquer natureza) sobre o valor do ágio, nem mesmo a sua contabilização seria admissível.

Em linhas gerais, e a despeito de tudo o que expus nos tópicos anteriores, inclusive para validar as operações e o laudo, severamente criticados pela Fiscalização e pela DRJ, o recorrente deixou de demonstrar e comprovar o mais singelo pressuposto legal para legitimar a amortização do ágio: o efetivo pagamento da mais valia.

E nem se diga que estaríamos inovando a matéria e violando, neste passo, a ampla defesa e o contraditório... além do julgador não estar adstrito às alegações da parte (art. 371 do CPC) podendo formar seu convencimento a partir de qualquer prova constante dos autos, o fato é que o então Relator, Alberto Pinto Júnior, cuidou de ofertar ao recorrente a oportunidade de provar o fato verificado no feito e justificar eventuais discrepâncias já identificadas na própria Resolução. A análise desta questão, vejam bem, não inova o lançamento, e, por isso mesmo, não impede o seu conhecimento nesta instância, mormente quando surgida a partir de elementos já constantes dos autos.

E, nesta esteira, não tenho alternativa senão negar provimento, nesta parte ao recurso voluntário.

IV Dos saldos negativos de Base de Cálculo da CSLL.

Em relação a esta questão, o retorno das diligências comprova, efetivamente, que o contribuinte possuía saldos de BC Negativa passíveis de compensação na forma do art. 16 da Lei 9.065/95.

Assim, deve ser dado parcial provimento ao recurso voluntário a fim de que se promova a citada compensação, respeitados os limites legais.

Valem, apenas, duas observações:

a) a falta de compensação não encerra, como pretendido pelo recorrente, a nulidade do auto de infração, já que o seu reconhecimento posterior não importará em alteração da matéria tributável;

b) o fato de não se ter identificado informações quanto a períodos posteriores à 2013, a meu sentir, é irrelevante para este processo, podendo, quando muito, impactar eventuais lançamentos futuros.

V Conclusão.

Por todo o exposto, voto por dar parcial provimento ao recurso voluntário apenas para que seja efetivada a compensação da base de cálculo negativa demonstrada no relatório de diligência, existente à época da lavratura do auto de infração em análise.

(assinado digitalmente)

Gustavo Guimarães da Fonseca

Processo nº 19515.003974/2007-58
Acórdão n.º **1302-002.723**

S1-C3T2
Fl. 1.800
