



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS

Processo nº 10882.002482/2006-10
Recurso nº Especial do Procurador
Acórdão nº 9101-002.184 – 1ª Turma
Sessão de 20 de janeiro de 2016
Matéria Amortização de ágio.
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado DIAGNÓSTICO DA AMÉRICA S.A.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2001

RECURSO ESPECIAL. REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE. DIVERGÊNCIA NÃO COMPROVADA.

A falta de comprovação de divergência inviabiliza o processamento do recurso especial.

INCORPORAÇÃO REVERSA.

Quando a autuação fiscal sustenta a glosa da amortização do ágio na inexistência da incorporação reversa, por não conhecer a alínea "b" do art. 8º da Lei nº 9.532/97, tal lançamento não deve prosperar.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Decisão dos membros do colegiado: no tema da Rentabilidade Futura/CVM, recurso não conhecido por maioria de votos, vencido o Conselheiro Marcos Aurélio Pereira Valadão. No tema do Ágio, recurso conhecido por maioria de votos, vencidos os Conselheiros Ronaldo Apelbaum (Suplente Convocado), Cristiane Silva Costa e Livia De Carli Germano (Suplente Convocada), e no mérito foi negado provimento ao recurso por maioria de votos, vencidos os Conselheiros Adriana Gomes Rêgo e André Mendes Moura. Declarou-se impedido de participar do julgamento, o Conselheiro Luís Flávio Neto.

(documento assinado digitalmente)

Carlos Alberto Freitas Barreto - *Presidente.*

(documento assinado digitalmente)

Rafael Vidal De Araujo - *Relator.*

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: MARCOS AURÉLIO PEREIRA VALADÃO, CRISTIANE SILVA COSTA, ADRIANA GOMES REGO, ANDRE MENDES DE MOURA, LIVIA DE CARLI GERMANO, RAFAEL VIDAL DE ARAÚJO, RONALDO APELBAUM, MARIA TERESA MARTINEZ LOPEZ (Vice-Presidente), CARLOS ALBERTO FREITAS BARRETO (Presidente).

Relatório

Trata-se de recurso especial de divergência interposto pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) em 16/07/2012, fundamentado atualmente no art. 67 e seguintes do Anexo II da Portaria nº 343, de 09/06/2015, que aprova o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), em que se alega divergência jurisprudencial quanto à glosa de despesa de amortização de ágio.

A recorrente insurgiu-se contra o Acórdão nº 1103-00.630, de 15/03/2012, por meio do qual a 3ª Turma Ordinária da 1ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento do CARF, por maioria de votos, deu provimento a recurso voluntário da contribuinte acima identificada, para fins de admitir a dedução da despesa de amortização de ágio.

O acórdão recorrido foi assim ementado:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Exercício: 2001

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

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

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

Recurso voluntário provido.

A PGFN afirma que o acórdão recorrido deu à lei tributária interpretação divergente da que tem sido dada em outros processos quanto à matéria acima referida, argumentando especificamente sobre dois pontos:

- 1) Rentabilidade futura; e
- 2) Incorporação reversa.

Para o processamento de seu recurso, a PGFN desenvolve os argumentos descritos a seguir:

1) Rentabilidade futura

- o r. acórdão desafiado, por maioria, proveu o recurso voluntário para admitir a dedução do ágio relativo à rentabilidade futura;

- diz a ementa do r. acórdão desafiado, *verbis*:

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

- a respeito do aspecto temporal da motivação do ágio, assevera o v. voto condutor do r. acórdão, *verbis*:

'(...) Se as expectativas que geraram o ágio não vierem a se concretizar, não se materializando a rentabilidade projetada inicialmente, este fato não altera a natureza e o fundamento do ágio. Este se justifica, enquanto tal, contabilmente, só no momento da aquisição do investimento. (...)'

- adotando entendimento diverso, pontifica o r. acórdão paradigma nº 101-95.786, *verbis*:

'(...) Sendo vinculada à escrituração, a amortização deve obedecer aos critérios de apuração do lucro líquido definido pelas leis comerciais e pelos princípios de contabilidade geralmente aceitos, conforme determinação dos artigos 177, da Lei 6.404/76 e 60, §1º, do Decreto-Lei 1.598/77 (artigo 248 do RIR/99).

- a solução do presente litígio resume-se a saber se a contribuinte obedeceu ou não as normas contábeis aplicáveis à apuração do lucro líquido quando da amortização do ágio;

- o disposto no artigo 177, § 3º, da Lei 6.404/76 determina para as companhias abertas a observância de normas expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários para fins das demonstrações financeiras;

- a Comissão de Valores Mobiliários editou regras específicas quanto ao tratamento do ágio através da Instrução CVM 247/96, alterada pela Instrução 285/98, nos seus artigos 13 e 14 (transcritos no recurso);

- o r. acórdão paradigma assevera que a contabilização do ágio se subsume, como ordinariamente ocorre na apuração do lucro, à Legislação Societária e, no caso das sociedades anônimas, às normas infra-legais editadas pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM);

- o r. acórdão paradigma pontifica que a amortização do indigitado ágio está condicionada à efetividade da rentabilidade futura. Nem poderia ser de outra forma, haja vista que a contabilidade é o registro dos negócios. Portanto, ao contrário do entendimento do r. acórdão desafiado, a contabilidade não pode registrar meras 'hipóteses', especialmente no tocante ao lucro;

- essa foi a questão que motivou a lavratura do auto de infração e foi objeto do Termo de Verificação Fiscal, *verbis*:

'(...) 9. DA FALTA DE ADEQUADA JUSTIFICATIVA PARA A CONSTITUIÇÃO DE ÁGIO POR RENTABILIDADE FUTURA E AMORTIZAÇÃO MENSAL - ATACAMA - LAB BRONSTEINS - BRONSTEIN AD - LAMINA (...) Devemos lembrar a existência do art. 14, parágrafo 2º, letra (a) da Instrução CVM 247-96, com a redação dada pela Instrução CVM 285-96, exige seja feita verificação anual do alcance dos resultados projetados, devendo ser revisados os critérios utilizados na amortização, ou até registrada a baixa integral do ágio. Também devemos lembrar que a DASA tem ações em bolsa, no mercado aberto, desde 2004, e desde a aquisição do Laboratório Delboni Auriemo, em 1999, foram feitos investimentos na empresa DASA, de forma indireta, por fundos de investimentos. (...) Ou seja, depreende-se do pedido formulado em 18.12.2006, bem como do silêncio da fiscalizada, que esta não mantém qualquer acompanhamento do resultado das previsões justificadores da amortização do ágio gerado quando das incorporações das empresas LAMINA, LAB BRONSTEIN ou BRONSTEIN AD, de modo a justificar a linearidade da amortização, cabendo a glosa destas amortizações em razão também deste motivo. (...)'

- cabe, então, concluir que a divergência reside na correlação entre a efetividade da rentabilidade futura e a possibilidade da amortização;

2) Incorporação reversa

2.1) Divergência

- o r. acórdão desafiado admite a amortização de ágio em incorporação reversa, operacionalizada por meio de empresa-veículo;

- diverge, contudo, o r. acórdão da jurisprudência desta Egrégia Corte, *v.g.*, o r. acórdão nº 103-23.290, processo nº 18471.001782/2005-36, cuja ementa diz:

'(...) INCORPORAÇÃO DE EMPRESA. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. NECESSIDADE DE PROPÓSITO NEGOCIAL UTILIZAÇÃO DE "EMPRESA VEICULO". Não produz o efeito tributário almejado pelo sujeito passivo a incorporação de pessoa jurídica, em cujo patrimônio constava registro de ágio com fundamento em expectativa de rentabilidade futura, sem qualquer finalidade comercial ou societária, especialmente quando a incorporada teve o seu capital integralizado com o investimento originário de aquisição de participação societária da incorporadora (ágio) e, ato contínuo, o evento da incorporação ocorreu no dia seguinte. Nestes casos, resta caracterizada a utilização da incorporada como mera "empresa veículo" para transferência do ágio à incorporadora. (...)'

- consoante se verifica, a divergência reside na validade da utilização de empresa-veículo para fins de aproveitamento do ágio na incorporação. Segundo o r. acórdão desafiado, a incorporação levada a efeito com o fito exclusivo de aproveitamento fiscal do ágio constitui propósito comercial idôneo. De outra banda, o r. acórdão paradigma pontifica que a idoneidade do propósito comercial não pode estar ancorado tão-somente no aproveitamento fiscal do ágio. Assim, na óptica do r. acórdão desafiado, a incorporação reversa, por meio de empresa-veículo, seria um negócio indireto. De outra sorte, o r. acórdão paradigma sustenta, com mais razão, ser a incorporação reversa espécie de simulação;

2.2) Do propósito negocial.

- o propósito negocial é o instituto jurídico que anima a discussão em lide;
- no ver do r. acórdão recorrido, a mera economia tributária constitui de *per se* propósito negocial capaz de autorizar a amortização do ágio na incorporação reversa;
- o reconhecimento do propósito negocial como requisito da validade jurídica do planejamento tributário diz respeito sobretudo à conformação entre a realidade fática das relações comerciais e a formalidade jurídica
- no âmbito constitucional, podemos vislumbrar a exigência do propósito negocial como condicionante das transações comerciais em princípios como a função social da propriedade, a isonomia e, principalmente, na interpretação constitucional dada a institutos de direito privado;
- tais princípios já encontram reverberação em dispositivos infraconstitucionais recentes. Exemplo disso são os artigos 421 e 422 do Código Civil de 2002;
- o artigo 421 condiciona a liberdade contratual à função social do contrato, enquanto o artigo 422 elege a probidade e a boa-fé como princípios a serem seguidos pelos contratantes em geral. Creemos não haver dúvidas de que essas regras se aplicam, por exemplo, aos contratos ou estatutos sociais de sociedade empresárias;
- assim, contratos ou estatutos sociais de "empresas veículo", criadas com o exclusivo propósito de propiciar economia tributária mediante sucessivas operações societárias, podem ser impugnados e as operações correlatas desconsideradas em razão do descumprimento da função social, da probidade e da boa-fé;
- a previsão do artigo 884 do Código Civil igualmente autoriza o reconhecimento da exigência do propósito negocial em nosso direito;
- com efeito, o artigo em destaque repudia o enriquecimento sem causa. Ora, se o contrato social ou o estatuto social elenca o objeto social, ou seja, as atividades empresariais a que se propõe a sociedade, é naqueles instrumentos que se encontra a forma (ou causa) para a geração de riquezas;
- como afirmamos acima, desconhecemos qualquer empresa que nomeie dentre seu objeto social "economizar tributos". Assim, operações pautadas nesse único propósito fogem da normalidade empresarial listada em seu objeto social e, portanto, carecem de causa jurídica;
- considerando que, sob o ponto de vista contábil, a redução de um custo (pagamento de tributos) representa um ganho, a conclusão não pode ser outra senão que a economia tributária auferida em operações que não apresentem fatores extra-tributários, constitui enriquecimento sem causa;
- com isso, defendemos que a vedação ao enriquecimento sem causa contribui para o reconhecimento do propósito negocial em nosso ordenamento;

- por fim, em um exercício de interpretação sistemática do nosso ordenamento jurídico, vislumbra-se ainda autorização para o reconhecimento do propósito negocial como requisito de validade de operações societárias (fusões, cisões, incorporações) adotadas em planejamentos em normas que versam sobre a desconsideração da personalidade jurídica;

- citem-se aqui os artigo 50 do Código Civil e o artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor. Assim, a desconsideração da personalidade jurídica é possível ante a ocorrência de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, bem como quando houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social;

- podemos concluir, portanto, pela existência de um robusto arcabouço jurídico que permite a aplicação do instituto do propósito negocial em nosso direito. O fato de sua constatação decorrer de fundamentação principiológica e sistemática não lhe retira a eficácia jurídica;

- a ausência de propósito negocial em operações que conduzem a uma economia tributária é aferida por indícios;

- assim, operações societárias realizadas sucessivamente em lapso temporal exíguo (horas, minutos), transações entre pessoas jurídicas coligadas ou, ainda, operações que escapam da normalidade da prática comercial de determinadas empresas, enfim, todos esses são indícios que podem e devem ser considerados na análise da validade de um planejamento tributário;

- posto isso, a FAZENDA NACIONAL requer o conhecimento e provimento deste recurso especial para reformar o r. acórdão de modo a ser reconhecida a legalidade do auto de infração.

Quando do exame de admissibilidade do recurso especial da PGFN, o Presidente da 1ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento do CARF, por meio do Despacho exarado em 01/11/2013, admitiu o recurso especial fazendo as seguintes considerações sobre a divergência suscitada:

[...]

No caso concreto, a PGFN aduz haver interpretação divergente conferida por outro colegiado, inicialmente quanto à “correlação entre a efetividade da rentabilidade futura e a possibilidade de amortização do ágio”, sustentando a aplicabilidade de norma infralegal editada pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM). Para tanto, indicou como paradigma o acórdão nº 101-95.786, de 18/10/06, proferido com a ementa abaixo, no que importa reproduzir:

[...]

Para a Recorrente, esta decisão, contrariamente à interpretação dada pelo acórdão recorrido, estabeleceria que: (a) a contabilização do ágio subsumir-se-ia à legislação societária e, no caso de sociedades anônimas, às normas editadas pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM); e (b) a amortização do ágio condicionar-se-ia à efetividade da rentabilidade futura.

Sobre a amortização de ágio com fundamento em rentabilidade futura, dispõe o acórdão paradigma:

[...]

Em que pese a aplicação do art.14, §2º, “b”, da Instrução CVM nº 247/96, ter sido prestigiada para permitir a amortização do ágio levando-se em conta o prazo de determinada concessão delegada pelo Poder Público, que interessava àquela controvérsia, é inegável que, nos termos do acórdão paradigma, adotou-se interpretação no sentido de que tal norma infralegal produz efeitos fiscais.

Neste ponto reside a divergência suscitada pela PGFN, considerando-se que para o acórdão recorrido, valendo-se das razões de decidir postas no acórdão nº 140200.342, “...a Instrução CVM nº 247/96 alterada pela 285/98 não pode ser aplicada para efeitos fiscais”. Vejamos:

[...]

Vale lembrar que a necessidade de verificação anual do alcance dos resultados projetados, posta pela fiscalização, não foi acolhida pelo acórdão recorrido. A respeito, consignou-se no Termo de Verificação Fiscal (fl.947):

[...]

Admitido o recurso especial, caberá à Primeira Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais decidir sobre a aplicabilidade de tal norma infralegal e, se for o caso, avaliar seus efeitos, especificamente quanto à necessidade de concretização da projeção dos resultados, fundamento do ágio.

A divergência quanto à aplicabilidade da Instrução CVM nº 247/96, para fins fiscais, restou, portanto, caracterizada.

A PGFN ainda aponta divergência jurisprudencial quanto à impossibilidade de amortização de ágio em incorporação reversa e à necessidade de caracterização do propósito negocial, tendo indicado como paradigma o acórdão nº 103-23.290, de 5/12/07, formalizado com a seguinte ementa, no que importa reproduzir:

[...]

Quanto à matéria, no acórdão recorrido fixou-se a interpretação de que “o fato de ter havido uma incorporação reversa, no caso, da Platypus Holdings, em nada interfere na questão da amortização do ágio, e que aliás é expressamente prevista pela regra inscrita no art. 8º, “b”, da Lei nº 9.532/97”.

Ao tratar dessa sociedade (Platypus Holdings Ltda) nos itens 11 a 14 do Termo de Verificação Fiscal (fls.950/959), a fiscalização, reconheça-se, não lhe imputou expressamente a condição de “empresa veículo”. Contudo, empregou como fundamento da glosa o fato de as operações societárias terem como único fim visado a formação e amortização do ágio, ausente outro substrato negocial. In verbis:

[...]

Destaque-se que tais argumentos foram infirmados pelo acórdão recorrido. Conforme o respectivo voto condutor, importou apenas identificar se o ágio teria causa, se seria efetivo ou real, independentemente da finalidade buscada com os eventos societários:

[...]

No acórdão paradigma, que igualmente tratou de “incorporação às avessas”, prevaleceu a interpretação de que operações societárias

realizaram-se unicamente para servir ao propósito de transferência de ágio e reserva de ágio, razão pela qual os efeitos tributários almejados pelo contribuinte não foram aceitos. Elucidativo é o seguinte excerto:

[...]

Com razão, portanto, a Recorrente, ao afirmar que, enquanto para o "...acórdão desafiado a incorporação levada a efeito com o fito exclusivo de aproveitamento fiscal do ágio constitui propósito negocial idôneo", o "...acórdão paradigma pontifica que a idoneidade do propósito negocial não pode estar ancorado tão somente no aproveitamento fiscal do ágio".

Conclui-se que novamente restou caracterizada, desta vez à luz do acórdão nº 103-23.290, a divergência de interpretação suscitada.

Presentes os requisitos de admissibilidade, proponho seja ADMITIDO o recurso especial interposto pela PGFN.

Em 20/03/2014, a contribuinte foi intimada do despacho que admitiu o recurso especial da PGFN, e em 04/04/2014 ela apresentou tempestivamente as contrarrazões ao recurso.

Os seus argumentos estão muito bem sintetizados no tópico final das contrarrazões, conforme transcrito a seguir:

[...]

III - CONCLUSÕES

Ante o exposto, conclui-se:

(i) Quanto à primeira divergência apontada:

a) o acórdão recorrido tem pressupostos fáticos de natureza absolutamente distinta dos que norteiam o acórdão paradigma, sendo que o sujeito passivo da obrigação tributária está submetido ao regime jurídico próprio, por sua natureza de concessionária de energia elétrica, enquanto a Recorrida não é concessionária de energia elétrica, é empresa privada;

b) a divergência entre as acusações da autoridade fiscal também impossibilita qualquer tentativa de comparação entre as decisões exaradas em cada um deles visto que os pressupostos fáticos são determinantes do regime jurídico aplicável em cada um dos casos, os quais são nitidamente distintos;

c) a forma societária de constituição das empresas em questão em cada um dos acórdãos comparados também é diferente. No momento da ocorrência do fato gerador tratado no acórdão paradigma, o sujeito passivo já era sociedade por ações com capital aberto na bolsa de valores mobiliários, estando submisso às instruções normativas da CVM. Entretanto, esta mesma premissa não se verifica com a Recorrida, de modo que sua abertura de capital só veio a ocorrer no ano de 2004, não estando ela sujeita à disciplina da instrução apontada;

d) juridicamente também é impossível confrontar o acórdão paradigma com o acórdão recorrido, tendo em vista a divergência entre as normas analisadas pelos acórdãos comparados. No acórdão trazido pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional como paradigma, partiu-se da análise dos dispositivos legais relativos à contabilização do ágio pago na aquisição societária com a indicação do seu fundamento econômico,

analisou-se os efeitos fiscais da amortização do ágio e, por fim, direcionou-se para as normas societárias que disciplinam a amortização de ágio nas companhias com capital aberto em bolsas de valores mobiliários. De forma distinta, no acórdão recorrido, analisou-se tão somente os dispositivos relativos à contabilização do ágio e seus efeitos tributários, sendo que a análise se restringiu, tão somente, às normas jurídicas tributárias aplicáveis à matéria, sem que tivesse sido feita qualquer ponderação relativa à disciplina contábil do ágio presente na legislação comercial, tampouco alusão à IN CVM nº 247/96;

e) além disso, o paradigma jamais afirma que a Instrução CVM tem efeitos fiscais, pelo contrário, o voto vencedor afirma textualmente que a aplicação das normas de contabilização presentes na Instrução CVM 247/96 não gerariam repercussões fiscais;

f) a necessidade de Embargos de Declaração da Recorrente para que talvez fosse possível o Recurso Especial é notória, pois, da maneira como redigidos ambos os acórdãos, não é possível o cotejo jurídico entre o paradigma e o acórdão recorrido;

g) no mérito, ainda que conhecido, o recurso especial não merece ser provido quanto à primeira divergência apontada, pelo seguinte:

1. Não há dispositivo legal que demande a ocorrência dos lucros, cuja expectativa fundamentou o pagamento do ágio;
2. após a incorporação, não é possível individualizar o resultado das sociedades investidora e investida;
3. no ano-calendário de 2001 a Recorrida não se sujeitava à regulamentação editada pela CVM, tornando-se companhia aberta J somente em 2004, sendo, portanto, incabível a exigência de que preparasse demonstrativos de acompanhamento de fundamento econômico dos ágios relativos a Lâmina, Bronstein e Bronstein Ad.;
4. ainda que a Recorrida estivesse vinculada aos dispositivos normativos editados pela CVM, não estaria sujeita à alínea " b " do artigo 14, §2º, da Instrução CVM 247/96, pois não é concessionária de serviço público;
5. caso se aplicasse esse dispositivo, ele não poderia produzir efeitos fiscais, mas meramente contábeis;

(ii) Quanto à segunda divergência apontada:

a) O recurso especial não compreendeu o acórdão recorrido, este sequer analisa se a operação societária em questão possuía ou não propósito negocial. Por isso, ao colacionar paradigma que analisa os quesitos para a existência de propósito negocial, não demonstra nenhuma divergência apta a ser analisada em sede de recurso especial.

b) o acórdão paradigma e o acórdão recorrido não possuem identidade de elementos fáticos que permita a sua comparação, pois a cadeia de operações societárias e o propósito negocial de ambas as estruturas é diverso, lembrando sempre que no caso ora em questão, houve pagamento do ágio em dinheiro vivo, enquanto no paradigma, houve mera subscrição do capital social com participações societárias;

c) ambos os acórdãos também não possuem identidade jurídica, pois tratam de dispositivos normativos diversos, uma vez que o paradigma trata do ágio interno sem causa ou artificial (ágio interno "ruim"), o acórdão recorrido trata

do ágio interno efetivo ou real (ágio interno "bom"). Assim a falta de identidade de matéria de direito analisada deve implicar a inadmissibilidade do recurso especial; e

d) no mérito, deve ser considerada improcedente a tese sustentada no recurso especial, tendo em vista que as diferenças entre os efeitos de cada operação não permitem que o precedente invocado pela DRJ seja aplicado ao presente caso, concluindo-se, portanto, que deve ser rechaçada a tese fiscal de que a incorporação reversa inviabilizaria a amortização do ágio pela Recorrida. Esta, como reconhecido pela jurisprudência, é plenamente possível e prevista em lei;

(iii) Subsidiariamente, caso o recurso especial seja conhecido e provido, deve-se apreciar a preliminar de decadência já apresentada na Impugnação e no seu Recurso Voluntário;

(iv) Ainda subsidiariamente, em caso de dúvida (que pode ser demonstrada pelo empate de votos do órgão julgador), requer seja aplicada a interpretação mais favorável ao contribuinte, em virtude do artigo 112 do CTN.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Rafael Vidal de Araujo, Relator.

O presente processo tem por objeto lançamento para constituição de crédito tributário a título de IRPJ e CSLL sobre fatos geradores ocorridos no ano-calendário de 2001, no regime do lucro real anual.

A autuação fiscal diz respeito à glosa de despesa de amortização de ágio relacionado a procedimento de reorganização societária.

Delimitação do escopo

Está fora do escopo desta decisão os lançamentos relativos à CSLL, isto porque o procurador da Fazenda Nacional deixou de recorrer da CSLL, talvez em razão do acórdão recorrido ter sido omissivo na **ementa** quanto aos fundamentos autônomos no âmbito da CSLL para dar provimento ao recurso voluntário. Apesar da omissão na ementa, a última página do voto do relator (e-fl.1458) não deixa dúvidas. E, por não ser matéria de ordem pública, entendo que a matéria não foi devolvida à Câmara Superior (efeito devolutivo); logo, portanto, por preclusão processual, a questão da CSLL está definitivamente julgada.

Lançamentos de IRPJ

Conforme relatado, a contribuinte suscitou preliminares de não conhecimento do recurso especial da PGFN.

Em relação à divergência sobre a “correlação entre a efetividade da rentabilidade futura e a possibilidade de amortização do ágio”, a contribuinte alega que os acórdãos cotejados tem pressupostos fáticos de natureza absolutamente distinta; que as normas analisadas por essas decisões também são distintas; e que a admissibilidade do recurso especial

só seria possível se a PGFN tivesse apresentado Embargos de Declaração, para que houvesse identidade de referencial jurídico entre as decisões confrontadas.

Sejam os seguintes trechos do Despacho (e-fls.1528/1538) do Presidente da 1ª Câmara da 1ª Seção:

"Em que pese a aplicação do art.14, §2º, "b", da Instrução CVM nº 247/96, ter sido prestigiada para permitir a amortização do ágio levando-se em conta o prazo de determinada concessão delegada pelo Poder Público, que interessava àquela controvérsia, **é inegável que, nos termos do acórdão paradigma, adotou-se interpretação no sentido de que tal norma infralegal produz efeitos fiscais.**

Neste ponto reside a divergência suscitada pela PGFN, considerando-se que para o acórdão recorrido, valendo-se das razões de decidir postas no acórdão nº 1402-00.342, **"...a Instrução CVM nº 247/96 alterada pela 285/98 não pode ser aplicada para efeitos fiscais"**.

...

Vale lembrar que a necessidade de verificação anual do alcance dos resultados projetados, posta pela fiscalização, não foi acolhida pelo acórdão recorrido. A respeito, consignou-se no Termo de Verificação Fiscal (fl.947):

...

Admitido o recurso especial, caberá à Primeira Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais decidir sobre a aplicabilidade de tal norma infralegal e, se for o caso, avaliar seus efeitos, especificamente quanto à necessidade de concretização da projeção dos resultados, fundamento do ágio.

A divergência quanto à aplicabilidade da Instrução CVM nº 247/96, para fins fiscais, restou, portanto, caracterizada." (Grifos no original)

A leitura isolada da transcrição acima nos leva a seguinte divergência: enquanto o acórdão recorrido entende que a Instrução CVM nº 247/96 não pode ser aplicada para efeitos fiscais, o acórdão paradigma adotou a interpretação no sentido de que tal norma infralegal produz efeitos fiscais. Nestes termos, a questão posta para decisão da Câmara Superior seria: a Instrução CVM nº 247/96 pode ou não ser aplicada para fins fiscais?

Em tese, a resposta a esta questão até que poderia ser decidida em julgamento; não obstante, para isso seria necessário que o recurso da Fazenda Nacional tivesse demonstrado analiticamente com a indicação do ponto no paradigma colacionado que divergiu de ponto específico no acórdão recorrido, nos termos do que exige o §8º do art. 67 do Anexo II do Regimento Interno do CARF. Mas isso a recorrente não o fez, como se verá.

A recorrente não aponta divergência em relação a adoção, ou não, da Instrução CVM nº 247/96; ao contrário, interpretou que o recorrido apenas ignorou (ao invés de afastar em decorrência de afastar a aplicabilidade de toda a citada Instrução) o comando do item "a" do §2º do art. 14 da Instrução CVM nº 247/96 (ou seja, parte da premissa que a referida norma CVM é aplicável independentemente de decisão de pacificação da jurisprudência ou resolução de divergência), segundo se pode constatar do que consta no recurso à e-fl. 1466: *"cabe, então, concluir que a divergência reside na correlação entre a efetividade da rentabilidade futura e a possibilidade da amortização"*.

Ademais, ao situar a divergência na questão da correlação entre a efetividade da rentabilidade futura, posicionou esta discussão no acórdão paradigma, conforme excerto a seguir (e-fl.1465):

"Assim, o r. acórdão paradigma assevera que a contabilização do ágio se subsume, como ordinariamente ocorre na apuração do lucro, à Legislação Societária e, no caso das sociedades anônimas, às normas infra-legais editadas pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM);

Fundado nessas premissas o R. ACÓRDÃO PARADIGMA PONTIFICA QUE a amortização do indigitado ágio está condicionada à efetividade da rentabilidade futura. ..." (Grifos no original)

Após uma leitura detalhada do voto condutor do acórdão paradigma não encontrei, em nenhum lugar, qualquer menção a EFETIVIDADE da rentabilidade futura. Na realidade, as razões de decidir do paradigma se voltam especificamente para o PRAZO de amortização do ágio de rentabilidade futura, sendo totalmente irrelevante a EFETIVIDADE ou o acompanhamento (a execução, a verificação, a revisão, como se queira denominar) dos critérios da rentabilidade futura.

No paradigma, no caso das sociedades anônimas, olho para o prazo: de concessão (que era o caso dos autos); ou, na ausência de contrato com o Poder Público, no prazo máximo de 10 (dez) anos; não podendo em nenhum dos dois casos ultrapassar o mínimo de 5 (cinco) anos estabelecido pela lei fiscal. É o que se afere da parte que interessa da ementa e dos seguintes trechos do voto condutor:

Ementa:

...

CONCESSIONÁRIA DE ENERGIA ELÉTRICA - AQUISIÇÃO COM ÁGIO E POSTERIOR INCORPORAÇÃO DA CONTROLADORA PELA CONTROLADA - REGRAS DE AMORTIZAÇÃO PELO PRAZO DE CONCESSÃO - A regra fiscal de dedução da amortização do ágio deriva das regras da legislação comercial de amortização, somente sendo possíveis ajustes no LALUR se a amortização foi inferior a cinco anos (Lei 9.430/96, artigos 7º e 8º). Para a amortização de ágio em face de rentabilidade futura por conta de contrato de concessão, aplicáveis as normas estabelecidas pela Instrução CVM 247/96, alterada pela Instrução CVM 285/98, isto é, a amortização contábil e os decorrentes efeitos fiscais operam-se pelo prazo da concessão.

...

Voto

...

Essa a norma prevista para o caso da recorrente, à época da amortização do ágio, ou seja, pelo prazo do contrato de utilização, sem ressalva ao período máximo de 10 anos, que se aplica tão-somente ao ágio decorrente de expectativa de rentabilidade futura sem a especificidade de uma concessão ou permissão delegadas pelo Poder Público (alínea "a" do § 2º c/c o § 3º, ambos do artigo 14 supra).

É de todo pertinente, até por razões econômicas, que o ágio pago na aquisição de empresa com direito de exploração, seja amortizado mediante o emparelhamento da expectativa de duração do contrato gerador de

receita. Esta sem dúvida a motivação da alínea "b" do § 2º do artigo 14, acima em destaque, pois existente elemento consistente de avaliação da expectativa de geração de resultados.

No caso dos autos, pelos laudos juntados, toda a formação do preço na aquisição do investimento leva em consideração a geração de receita pelo prazo de concessão, indicativo adicional da motivação do ágio pago, bem como da real expectativa de rentabilidade no tempo.

Adite-se que a própria recorrente já alterou o seu procedimento, corrigindo a curva de amortização pelo prazo remanescente da concessão.

Analizadas essas particularidades, constata-se que o recurso da Fazenda Nacional apontou a seguinte divergência: enquanto no acórdão recorrido entendeu-se que, para fins de amortização do ágio por rentabilidade futura, é desnecessário a concretização da expectativa de rentabilidade futura (que realmente o fez), no paradigma entendeu-se que a concretização da expectativa de rentabilidade futura seria necessário (conclusão que não consegui extrair do paradigma, no qual, como visto nas citações anteriores, somente o prazo de concessão é que importa). Inexistente, portanto, a meu sentir, a divergência alegada pela Fazenda Nacional.

Há ainda um ponto referente à divergência apontada pelo Presidente da 1ª Câmara da 1ª Seção em seu Despacho (aplicabilidade, ou não, da Instrução CVM nº 247/96, para fins fiscais): é que, quando a autoridade fiscal aplicou a letra "a" do §2º do art. 14 da Instrução CVM nº 247/96, reconheceu a sua aplicabilidade a empresa que era sociedade anônima **fechada**. Seguem as seguintes afirmações do auditor-fiscal no Termo de Verificação Fiscal (e-fl.943):

"Devemos lembrar a existência do artigo 14, parágrafo 2º, letra (a), da Instrução CVM 247-96, com redação dada pela Instrução CVM 285-96, exige que seja feita verificação anual do alcance dos resultados projetados, devendo ser revisados os critérios utilizados na amortização, ou até registrada a baixa integral do ágio. Também devemos lembrar que **a DASA tem ações lançadas em bolsa, no mercado aberto, desde 2004**, e desde a aquisição do Laboratório Delboni Auriemo, em 1999, **foram feitos investimentos na empresa DASA**, de forma indireta, por fundos de investimentos."

Ora, no ano-calendário dos fatos do lançamento, que se deram em 2001, a DASA ainda não tinha ações lançadas em bolsa (que só veio a acontecer em 2004, segundo informações do autoridade autuante acima transcritas); portanto, a ela não seriam aplicáveis as normas da CVM. Consultado ainda a DIPJ 2011 da DASA, à e-fl. 808, encontro a seguinte informação: Código da Natureza Jurídica: 205-4 - **Sociedade Anônima Fechada - Empresa Privada**. Dessa forma, com base no §3º do art. 177 da Lei nº 6.404/74, não se poderia exigir da DASA o cumprimento da Instrução CVM nº 247/96, em especial de sua letra "a" do §2º do art. 14.

"§ 3º As demonstrações financeiras das companhias **abertas observarão**, ainda, **as normas expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários**, e serão obrigatoriamente auditadas por auditores independentes registrados na mesma comissão."

Portanto, para haver a divergência alegada pela autoridade do Despacho de e-fls.1528/1538 far-se-ia necessário encontrar paradigma que, para fins de declarar improcedente

essa conduta fiscal, decidiu no sentido de ser inaplicável a Instrução CVM nº 247/96 a sociedades anônima fechada (não foi o que fez o recorrido, que apenas ignorou a questão).

Alternativamente, seria útil para comprovar potencial divergência com o recorrido, eventual paradigma que entendesse que, independentemente da Instrução CVM nº 247/96, a **efetividade** da rentabilidade futura é condição *sine qua non* para amortização do ágio por rentabilidade futura, defluindo esta condição da própria lei.

O recurso, portanto, não deve ser conhecido em relação a essa primeira divergência.

Quanto à segunda divergência, que trata da impossibilidade de amortização de ágio em incorporação reversa e da necessidade de caracterização do propósito negocial, a contribuinte alega que o acórdão paradigma e o acórdão recorrido não possuem identidade de elementos fáticos que permita a sua comparação, pois a cadeia de operações societárias e o propósito negocial de ambas as estruturas é diverso; que acórdão recorrido sequer analisa se a operação societária em questão possuía ou não propósito negocial; e que o paradigma trata do ágio interno sem causa ou artificial (ágio interno "ruim"), enquanto o acórdão recorrido trata do ágio interno efetivo ou real (ágio interno "bom").

Realmente, vê-se que para o acórdão recorrido importou apenas identificar se o ágio teria causa, se seria efetivo ou real, independentemente da finalidade buscada com os eventos societários para a sua transferência (propósito negocial).

Já no acórdão paradigma, que igualmente tratou de “incorporação às avessas”, prevaleceu a interpretação de que as operações societárias realizaram-se unicamente para servir ao propósito de transferência de ágio e reserva de ágio, razão pela qual os efeitos tributários almejados pelo contribuinte não foram aceitos.

Mas é importante destacar que no caso paradigma, a acusação fiscal não contemplou indicação de quaisquer irregularidades na constituição do ágio. As infrações especificadas pela autoridade fiscal dizem respeito às operações societárias posteriores, que visaram exclusivamente a transferência do ágio, o que foi interpretado como falta de propósito negocial, justificando a manutenção da glosa pelo CARF.

Assim, há realmente uma divergência de interpretação a ser sanada. Enquanto o acórdão recorrido preocupou-se apenas com a constituição do ágio, e considerou irrelevante verificar o propósito negocial nas operações societárias para a transferência deste, o acórdão paradigma entendeu que as operações societárias para a transferência do ágio deveriam sim ter propósito negocial para possibilitar a sua amortização, um propósito negocial que não estivesse ancorado tão somente no aproveitamento fiscal do ágio.

O recurso, portanto, deve ser conhecido em relação a essa segunda divergência.

Quanto ao mérito, é importante registrar que auto de infração envolve glosa na amortização de dois ágios, conforme indicado na peça de contrarrazões:

ágio 1: pago pela sociedade Atacama S.A. (Atacama) na aquisição de participação societária das empresas Lâmina, Bronstein e Bronstein Ad. A empresa Atacama, bem como as suas controladas, foram posteriormente incorporadas pela Recorrida em 30/06/2001.

ágio 2: pago pela sociedade Platypus Holding (Platypus) através da realização de dois aportes financeiros por meio dos quais a empresa adquiriu ações preferenciais da Recorrida ao subscrever e integralizar novo capital social. A empresa Platypus foi posteriormente incorporada pela Recorrida em 18/12/2001.

A segunda divergência trata especificamente do segundo ágio, onde houve a incorporação reversa: PLATYPUS HOLD fez investimento na DASA, com ágio; Depois, DASA incorporou PLATYPUS HOLD.

A questão do propósito negocial suscitada no caso recorrido condena, na verdade, a incorporação reversa em si, em razão de resultar na amortização do chamado "ágio de si mesmo", conforme indica o Termo de Verificação Fiscal:

14. DA FALTA DE ADEQUADA JUSTIFICATIVA PARA A MANUTENÇÃO DO ÁGIO POR RENTABILIDADE FUTURA E AMORTIZAÇÃO MENSAL - PLATYPUS HOLD

[...]

Não podemos olvidar que a empresa PLATYPUS S.A., controladora da PLATYPUS HOLD, também investidora na DASA, ao invés de fazer investimento direto na DASA, preferiu fazer investimento indireto através de sua controlada PLATYPUS HOLD, possibilitando a contabilização de inadequado ágio, o qual foi transferido posteriormente, mediante incorporação societária em 12.10.2001, para a própria investida, gerando uma amortização mensal completamente incompatível com a sistemática da AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO BASEADO EM RENTABILIDADE FUTURA.

Das disposições legais enunciadas no item 2 - DA LEGISLAÇÃO APLICÁVEL, supra, depreende-se que são condições para amortização do ágio por uma empresa "A":

"A" deve absorver patrimônio de "B", por incorporação, fusão ou cisão;

"A" detinha participação societária em "B" adquirida com ágio;

o ágio pago por "A" foi fundamentado em rentabilidade futura de "B";

a rentabilidade futura está embasada em documento que justifique tal previsão.

Confrontando essas condições com a descrição dos fatos, infere-se que a fiscalizada não faz jus à dedutibilidade da amortização do ágio, pois, embora tenha incorporado a empresa PLATYPUS HOLD, não detinha participação nessa empresa contabilizada em sua escrituração com ágio. Na verdade, a empresa PLATYPUS HOLD é que detinha participação na fiscalizada, participação essa contabilizada com ágio, o qual somente seria amortizável se a pessoa jurídica PLATYPUS HOLD viesse a absorver patrimônio da fiscalizada e se o ágio fosse fundamentado em rentabilidade futura prevista em documentação que justificasse tal previsão.

[...]

No caso presente ocorreram aportes de capital da controladora (PLATYPUS S.A.), através de outra sociedade controlada (PLATYPUS HOLD), em datas de 12.2000 e 06.2001, na sociedade controlada DASA. Ocorre que PLATYPUS HOLD também se caracteriza como controladora da DASA, e na ocorrência da incorporação da PLATYPUS HOLD pela DASA, está

ocorrendo uma incorporação às avessas, quando a controlada incorpora a controladora.

Como esses aportes de capital foram efetuados com a constituição de ágio, havia uma formação de ágio na PLATYPUS HOLD, que é titular da participação societária.

Na medida em que a controlada incorpora a antiga controladora, desaparece o sujeito jurídico titular da participação societária. Assim, caso preservado, o montante do ágio passaria a estar dentro da incorporadora (antiga controlada), possuindo como origem um elemento que agora integra a própria incorporadora.

Seria um "ágio de si mesmo", resultante da transferência para dentro da empresa controlada do montante do ágio, cuja origem seria o próprio ágio que agora passou a integrar a controlada.

Da leitura dos trechos transcritos do TVF, verifica-se que o motivo pelo qual a autoridade fiscal não admitiu a amortização do ágio (além da questão da constituição do ágio, que não está aqui em debate), foi por desconhecer a existência da alínea "b" do art. 8º da Lei nº 9.532/97, e não por entender ser indevida qualquer reestruturação societária. Segue o dispositivo citado:

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

Tal fato é evidente quando o fiscal afirma contundentemente que *"na verdade, a empresa PLATIPUS HOLD é que detinha participação na fiscalizada, participação essa contabilizada com ágio, o qual somente seria amortizável se a pessoa jurídica PLATIPUS HOLD viesse a absorver patrimônio da fiscalizada e se o ágio fosse fundamentado em rentabilidade futura prevista em documentação que justificasse tal previsão"*.

Desse modo, voto no sentido de CONHECER parcialmente o recurso especial da PGFN: não conhecendo quanto à primeira divergência e conhecendo quanto a segunda divergência, para negar-lhe provimento.

(documento assinado digitalmente)

Rafael Vidal de Araujo