



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

Processo n° 10882.001031/2004-95
Recurso n° 146.122 De Ofício e Voluntário
Acórdão n° **1402-00.342 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Sessão de 15 de dezembro de 2010
Matéria IRPJ e outros
Recorrentes 1ª TURMA DRJ CAMPINAS - SP e DIAGNÓSTICOS DA AMÉRICA S/A

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 1999, 2000, 2001, 2002, 2003

RECURSO DE OFÍCIO. VALOR EXONERADO ABAIXO DO LIMITE. Sendo o valor exonerado inferior ao valor estabelecido na Portaria MF nº 3/2008, não se conhece do recurso de ofício.

PRELIMINAR DE NULIDADE. FALTA DE EMISSÃO DE MPF-COMPLEMENTAR. O MPF, instituído pela Portaria SRF nº 1265/99, é apenas um instrumento de controle administrativo e tem o objetivo de regular a execução dos procedimentos fiscais, e eventuais irregularidades quanto ao cumprimento de suas disposições podem ser apuradas no âmbito funcional, mas não são suficientes para anular o lançamento.

LUCRO REAL. GLOSA DE AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. EXPECTATIVA DE RENTABILIDADE FUTURA. Reconhece-se que o ilícito fiscal limita-se à desconsideração da natureza jurídica do fundamento econômico do ágio e que a demonstração arquivada como comprovante do fundamento econômico do ágio, traduz a avaliação dos ativos, pela expectativa de rentabilidade futura.

LUCRO REAL. GLOSA DE AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. CONDIÇÃO DE EFETIVIDADE DO LUCRO. A legislação fiscal editada no contexto de incentivo às privatizações e que permaneceu em vigor nos períodos objeto da autuação não condicionou a dedutibilidade da amortização do ágio à efetiva apuração de lucro, e nem estabeleceu prazo para a geração de lucros. A Instrução CVM 247/96 alterada pela 285/98 não pode ser aplicada para efeitos fiscais.

AMORTIZAÇÃO DE BENFEITORIAS REALIZADAS EM IMÓVEIS DE TERCEIROS (PESSOAS LIGADAS). Constatada a realização de benfeitorias em imóveis de terceiros, pessoas ligadas, sem a previsão de reembolso, é cabível a glosa das amortizações. Porém, à luz dos artigos 307 do RIR/99 devem ser consideradas as parcelas de depreciação até o período anterior à autuação.

GLOSA DE CUSTOS E DESPESAS. COMPROVAÇÃO. Exclui-se do lançamento a parte dos custos e despesas comprovados por meio de documentos, bem como, as despesas para as quais não se consegue identificar a razão da glosa de cada item, uma vez que nos termos do art. 149 do CTN, o lançamento não pode ser impreciso.

GLOSA DE DESPESAS. COMPROVAÇÃO DA NECESSIDADE. Para que custos e despesas sejam dedutíveis é necessária a apresentação de prova documental de que são usuais, normais e necessários às atividades da empresa e à manutenção da fonte produtora.

GLOSA DE CUSTOS E DESPESAS. ARRENDAMENTO MERCANTIL. Nos termos da súmula nº 293 de 05.05.2004 do STJ: “a cobrança antecipada do valor residual (VRG) não descaracteriza o contrato de arrendamento mercantil”.

JUROS DE MORA - TAXA SELIC - SÚMULA Nº 4 DO CARF. Conforme súmula nº 4 do CARF, a partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI TRIBUTÁRIA. SÚMULA DO CARF Nº 2. O colegiado não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária, nos termos da súmula nº 2 do CARF.

TRIBUTAÇÃO DECORRENTE. Aplica-se o decidido em relação ao tributo principal ao lançamento da CSLL, em razão da estreita relação de causa e efeito.

Recurso de ofício não conhecido. Recurso voluntário provido em parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do colegiado: 1) por unanimidade de votos, não conhecer do recurso de ofício; 2) por unanimidade de votos, considerar que o recurso voluntário atende às condições de admissibilidade, rejeitar a preliminar de nulidade e o pedido de diligência; 3) por unanimidade de votos, excluir das glosas de custos e de despesas, o valor de R\$ 808.928,51, excluir as glosas de amortização de ágio e de contraprestações de arrendamento mercantil; 4) por maioria de votos manter a glosa das despesas relacionadas ao seguro saúde de assistência médica; vencidos os Conselheiros Sérgio Luiz Bezerra Presta e Moisés Giacomelli Nunes da Silva, que a excluam; 5) por maioria de votos, excluir a glosa de amortização das benfeitorias, vencida a relatora, que mantinha a glosa; o conselheiro Antonio José Praga de Souza foi designado para redigir o voto vencedor; os conselheiros Sérgio Luiz Bezerra Presta, Moisés Giacomelli Nunes da Silva e Leonardo Henrique Magalhães de Oliveira votaram pelas conclusões. Tudo nos termos do relatório e votos que passam a integrar o presente julgado.

(assinado digitalmente)

Albertina Silva Santos de Lima - Presidente e Relatora

(assinado digitalmente)

Antônio José Praga de Souza - Redator-designado

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros Antônio José Praga de Souza, Sérgio Luiz Bezerra Presta, Frederico Augusto Gomes de Alencar, Moises Giacomelli Nunes da Silva, Leonardo Henrique Magalhães de Oliveira e Albertina Silva Santos de Lima.

Relatório**1. INTRODUÇÃO**

Trata-se de auto de infração em que se exige o IRPJ e CSLL dos anos-calendário de 1999 a 2003. Foi aplicada a multa de ofício de 75%. Ciência dos autos em 27.05.2004.

As infrações foram descritas em 12 itens, cujo resumo reproduzo da decisão de primeira instância, conforme tabela abaixo:

Item	Descrição	Termo de Constatação		
		Data	Fls.	Vol.
01	Glosa de custos e de despesas não comprovadas – serviços de terceiros	30.07.2003	13/35 (36/296)	1 e 2
02	Glosa de custos e de despesas não comprovados – publicidade e propaganda	25.09.2003	428/430 (299/396)	2 e 3
03	Custos, despesas operacionais e encargos não necessários – conta de movimento de viagens e representações	18.09.2003	408/415	3
04	Custos, despesas operacionais e encargos não necessários – Seguros Itaú Vida – complementação	08.10.2003	709/717	4
05	Custos, despesas operacionais e encargos não necessários – seguros para sócios – Bradesco	24.09.2003	424/427 (416/423)	3
06	Custos, despesas operacionais e encargos não necessários – conta de movimento de viagens e representações	25.09.2003	431/435	3
7	Custos, despesas operacionais e encargos não necessários – seguros indedutíveis (Soma Seg.)	02.10.2003	436/438	3
8	Glosa de depreciação de bens do ativo imobilizado – conjunto de instalação ou equipamento não individualizado	12.11.2003	824 e 835/837	5
9	Glosa de amortização – benfeitorias pertencentes a pessoas ligadas (construções e benfeitorias em imóveis locados por Terra Molhada Participações Ltda)	27.04.2004	896/899 (838/895, 900/996)	5
10	Valores não amortizáveis – incorreta identificação da natureza dos ágios contabilizados e conseqüente amortização indevida dos mesmos (ágio que havia sido pago por empresas incorporadas (Origem, Antuérpia) na aquisição de participação societária da própria incorporadora (fiscalizada), com fundamento em “rentabilidade futura”, além da apropriação de ágio na incorporação da empresa Cantalon S/A	04.05.2004 e 27.05.2004	2060/2085 2088/2090	11
11	Contraprestação de arrendamento mercantil – inobservância dos requisitos legais	12.11.2003	825/828 e 829/831 439/702 e 832/834	5, 3 e 4
12	Amortizações indevidas nos períodos de 2000 a 2003 decorrentes de eventos do ano-calendário de 1999		898, 2064, 2067, 2089, 2156	5, 11
Obs.	Item 8 é objeto de recurso de ofício – valor exonerado inferior a R\$ 1 milhão.			

A tabela abaixo contém o enquadramento legal de cada uma das infrações:

item	Descrição do enquadramento legal	Ano-calendário
01 e 02	Art. 249, inciso I, 251 e § único, e 300 do RIR/99	1999
03 a 07	Art. 249, inciso I, 251 e § único, 299 e 300 do RIR/99	1999
08	Art. 249, inciso I, 251 e § único, 299 e 310, § 3º do RIR/99	1999
09	Art. 249, inciso I, 251 e § único, 299, 324 e 325, inciso I, do RIR/99.	1999
10	Art. 13, inciso III, da Lei nº 9.249/95; art. 249, inciso I, 251 e § único, 299, 324, §§ 2º e 4º, e 325, inciso I, do RIR/99. Consta no Termo de Verificação Fiscal, o § 2º, alínea “b”, do art. 20 do DL 1598/77 c/c § 3º, além dos dispositivos legais insertos no art. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97 alterado pela Lei nº 9.718/98 e outros.	1999
11	Art. 13, inciso II, da Lei nº 9.249/95; art. 249, inciso I, 251 e § único, e 356, do RIR/99.	1999
12	Art. 20 do DL 1598/77 e art. 7º e 8º da Lei 9.532/97, alterada pela Lei 9.718/98; art. 247 e 841 do RIR/99	2000 a 2003

Em relação à impugnação apresentada, a TJ manteve as exigências referentes a todas as infrações exceto a relativa ao item 8 (glosa da depreciação de bens do ativo imobilizado) que é objeto de recurso de ofício.

MATÉRIA OBJETO DE RECURSO DE OFÍCIO

Trata-se de glosa de depreciação de bens do ativo imobilizado, no valor total de R\$ 915.987,60.

A TJ concluiu haver inconsistências, o que resultaria em incerteza quanto ao valor tributável e ao critério para sua apuração e excluiu a respectiva exigência. Excluiu do lançamento o IRPJ no valor de R\$ 228.996,89 e a CSLL de R\$ 73.279,00, que acrescidos da multa de ofício de 75% alcança o valor total de R\$ 528.982,81.

2. MATÉRIA OBJETO DE RECURSO VOLUNTÁRIO

A ciência da decisão foi dada em 07.12.2004 e o recurso foi apresentado em 06.01.2005. O recurso constitui os docs. de fls. 3436 a 3498.

A autoridade administrativa, mediante o despacho de fls. 3710, esclareceu que a contribuinte foi intimada a comprovar a habilitação do signatário do Recurso Voluntário e também dos documentos apresentados em resposta às intimações 69/05 – L e 69/05 – L (retificação) e que em resposta a contribuinte forneceu os documentos de fls. 3662 a 3673 e 3675 a 3706, que “s.m.j.” não comprovaria a contento as habilitações.

A partir daqui passaremos a abordar as infrações/matérias, e para cada uma, os aspectos mais relevantes da autuação, a decisão da Turma Julgadora e o recurso voluntário.

2. INFRAÇÕES/MATÉRIAS

Infração nº 10: ágios não amortizáveis – incorreta identificação da natureza dos ágios contabilizados**Autuação:**

A partir do Termo de Verificação Fiscal, extrai-se as informações seguintes.

Trata-se de infração de redução indevida das bases do IRPJ e da CSLL, devido a incorreta identificação da natureza dos ágios contabilizados e conseqüente amortização indevida dos mesmos.

A autuada tinha por denominação anterior “Laboratório Clínico Delboni Auriemo S/C Ltda” e apresentava até 16.07.99, a seguinte composição acionária: Caio Roberto Chimenti Auriemo (Auriemo) - 50% e Humberto Delboni Filho (Humberto) -50%.

Por meio do instrumento “Contrato de subscrição de ações e outras avenças”, datado de 12.07.99, foi combinado entre Auriemo, Platypus S/A (Platypus), Origem Empreendimentos e Participações Ltda (Origem), Balu 460 Participações S/A (Balu), Antuérpia Ltda (Antuérpia) e Laboratório Clínico Delboni Auriemo S/C Ltda (Delboni Auriemo), uma seqüência de operações que tinha como resultado a transferência da participação de Humberto (50%) da Delboni Auriemo para a empresa Platypus, controladora da Antuérpia.

Para melhor entendimento das operações, consta na tabela abaixo, a data de constituição das empresas mencionadas, o capital inicial e os sócios ou acionistas.

Empresa	Data constituição	Capital – R\$	Sócios ou acionistas
Platypus	26.05.98	1.000,00	Patrimônio e diversas pessoas físicas (sócios)
Origem	24.06.99	100,00	99 cotas de Auriemo e 1 de Dulce (sócios)
Balu S/A	28.06.99	100,00	99 cotas de Auriemo e 1 de Dulce (acionistas)
Antuérpia	05.07.99	1.000,00	999 cotas de Platypus e 1 de Marcelo (sócios)

A seqüência das operações é a seguinte:

a) Exercício por parte de Auriemo da opção de compra da participação de Humberto, na Delboni Auriemo, por meio da empresa Origem (constituída por Auriemo e esposa), que teria como suporte para tal desembolso, um empréstimo a ser fornecido por Antuérpia (R\$ 20 milhões);

b) Incorporação da Origem pela Delboni Auriemo, que passaria a ser a nova devedora da Antuérpia, uma vez que assumira as dívidas da Origem;

c) Em seguida a Delboni Auriemo emitiria novas ações a serem adquiridas por Antuérpia, tendo como pagamento a extinção da dívida citada e o envio do restante em dinheiro;

d) Incorporação da Antuérpia pela Delboni Auriemo, o que levaria a transferência do montante de 49% do controle societário da Delboni Auriemo para a Platypus, controladora da Antuérpia.

Antes da incorporação das empresas Origem e Antuérpia pela Delboni Auriemo (D-A), houve a alteração da natureza jurídica da D-A, de limitada para sociedade anônima.

A empresa através de uma seqüência de operações, registrou em seu patrimônio líquido, a débito da conta 231104.0000, ágio a amortizar, o valor originário de R\$ 58.854.375,82, referente ao valor do ágio que havia sido pago por empresas investidoras por ela incorporadas, na aquisição de participação societária na própria incorporadora (Delboni-Auriemo), utilizando-se como fundamento a “Rentabilidade Futura”.

Em seguida através de lançamentos mensais, a contribuinte procedeu à transferência dos valores redutores do Patrimônio Líquido (conta 23.1103.0000 – R\$ 58.854.375,82) para contas de despesa, por meio da amortização mensal de 1/60 do ágio contabilizado, assim procedendo durante os anos-calendário de 1999 a 2003, com base no art. 7º inciso II da Lei 9.532/97.

Para comprovar a rentabilidade futura, apresentou planilhas de projeção de fluxo de caixa descontado (demonstração de resultado, balanço e origens e aplicações de recursos), não informando os critérios utilizados para os cálculos das mesmas.

Consigna a fiscalização que os fatos descritos apontam para um estabelecimento prévio de ajustes e negócios voltados finalisticamente para obtenção de vantagem tributária, que estaria evidenciada pelo estabelecimento de um pré-contrato onde se relacionam uma seqüência de operações que na verdade resultam em duas conseqüências práticas, o exercício da opção por Caio Auriemo da compra das ações da D-A pertencentes ao Humberto Delboni e a venda da referida participação aos investidores do grupo Patrimônio, representados na operação pela empresa Antuérpia, constituídas única e exclusivamente para a operação, venda esta que se realizou por mais de 20 vezes do valor patrimonial, com vantagens fiscais que não seriam obtidas se as ditas conseqüências se houvessem se realizado diretamente.

Acrescenta que na busca de afastar a incidência tributária, a contribuinte realizou a prática de negócios jurídicos indiretos representativos de práticas societárias, buscando a norma de cobertura dos artigos 7º e 8º da Lei 9.532/97, incidindo em vícios.

A empresa Origem, cujos sócios quando de sua constituição em 24.06.99, eram o sr. Auriemo (99 cotas) e sua esposa (1 cota), contraiu em 13.07.99, empréstimo junto à Antuérpia, (constituída Platypus e Marcelo) no valor de R\$ 20 milhões, recursos que viriam a ser utilizados na aquisição de participação societária do sócio Sr. Humberto da D-A. Na mesma data, a Origem contabilizou investimento referente à compra da participação societária do Sr. Humberto na D-A, tendo contabilizado ágio a amortizar de R\$ 17.532.494,80.

Em 16.07.99 a D-A transforma-se em sociedade anônima e na mesma data incorpora a Origem. Em 31.12.99, lançou a título de despesa de amortização de ágio, o valor de R\$ 1.753.249,44, tendo como contrapartida crédito na conta redutora do PL. Esse valor refere-se a 6 parcelas no valor de R\$ 292.208,25 cada.

Ao ser intimada a justificar o fundamento do ágio, informou que devia-se à rentabilidade de exercícios futuros, sendo que, foram apresentados os mesmos documentos que haviam sido apresentados para justificar o ágio contabilizado pela empresa Antuérpia quando

da aquisição das novas ações emitidas pela D-A, em 19.07.99, quando houve a contabilização de ágio de R\$ 41.321.881,02.

Em 16.07.99, por meio do mesmo instrumento de alteração de contrato social que a transformou em sociedade anônima, a D-A procedeu a aumento de capital social, subscrito pela empresa Antuérpia. Às fls. 2065 consta que o preço de venda foi de R\$ 65.762.978,00, que foi pago, em parte, com o cancelamento da dívida de R\$ 20 milhões.

Em 25.10.99, a empresa Antuérpia foi incorporada por D-A, sendo registrado ágio a amortizar de R\$ 41.321.881,02, que somados ao ágio de R\$ 17.532.494,80, totaliza R\$ 58.854.375,82. Em 31.12.99, lançou a título de despesa de amortização de ágio, o valor total de R\$ 2.066.094,03, tendo como contrapartida crédito na conta redutora do PL que refere-se a 3/60 do valor originário do ágio, no valor mensal de R\$ 688.698,02.

Destacou a fiscalização tratar-se de incorporações híbridas, vertical descendente, ou seja, uma incorporação de empresas (sucédidas-Origem e Antuérpia) que são proprietárias de ações da sucessora (D-A) e ao mesmo tempo horizontal, uma vez que a incorporadora (investida) não é possuída integralmente pela incorporada (investidora).

A documentação apresentada para a comprovação do fundamento econômico do ágio para a incorporação das empresas Origem e Antuérpia é a seguinte:

a) Carta resposta da Diagnóstico da América S/A (D-A), nova razão social da Delboni-Auriemo (fls. 1892?);

b) Cópia da carta da empresa “Patrimônio Investimentos e Participações” datada de 20.12.1998, dirigida a um Fundo de Investimentos;

c) Relatório “Medical Diagnostic Centers – Market Assessment” desenvolvido pela Booz-Allen & Hamilton em 18.12.98, feito a pedido da Patrimônio Investimentos e Participações (em inglês, sem tradução) que consiste de um Relatório sobre o Mercado Brasileiro de Centro de Diagnósticos;

d) Planilha de cálculos de projeção financeira e fluxo de caixa.

A D-A foi intimada em 26.03.2004, a informar como chegou aos valores dos ágios contabilizados pela Origem e pela Antuérpia e a apresentar alguns elementos, 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, isto é, como foi calculado o WACC (*Weighted average cost of capital*) e premissas de cálculo e projeção das variáveis de sensibilidade. A contribuinte apresentou em 16.04.2004:

a) Demonstração da projeção de resultado (a mesma apresentada em 03.09.2003);

b) Análise vertical feita a partir da Demonstração de Projeção de Resultado (MARGINS), onde só resta demonstrado para cada elemento da projeção de resultado, o quanto significa em comparação percentual com a receita bruta do período;

c) Projeção do balanço (Assets & Liabilities);

d) Projeção de Origem e aplicação de recursos;

e) Valoração, onde apresenta-se os ajustes no Lucro antes dos juros, impostos (s/ o lucro), depreciações e amortizações (EBITDA), ou seja, a previsão dos impostos, investimentos em Imobilizado e mudanças no capital de giro;

f) Informou que a taxa de desconto é de 20% e crescimento perpétuo é de 7%;

Não forneceu apesar de intimado, os seguintes elementos:

a) Cálculo do ágio de R\$ 17.532.494,80 e R\$ 41.083.446,00 contabilizados pela Origem e Antuérpia;

b) Análise de sensibilidade para as principais variáveis de risco do fluxo de caixa;

c) Premissas de cálculo e projeção das variáveis de risco do fluxo de caixa, principalmente o preço de venda dos serviços, o volume de vendas de serviços, composição e evolução do mix de serviços, custos dos serviços, despesas operacionais gerais administrativas e de vendas; e investimentos em ativos imobilizados;

d) Premissas utilizadas para o cálculo da taxa de desconto do fluxo de caixa;

Quanto às planilhas EBITDA apresentadas, a fiscalização teceu as seguintes considerações: Trata-se de uma forma de medir desempenho da empresa em termos de fluxo de caixa e de auxiliar, de forma prática, no processo de avaliar a empresa como um todo, olhando basicamente a capacidade de gerações de recursos dos ativos da entidade. Ou seja, não se trata de uma ferramenta destinada a avaliar a rentabilidade da empresa nos moldes da legislação fiscal e societária.

Registra a fiscalização que para o fim de avaliação na aquisição de uma empresa, o que interessa é a capacidade que a empresa tem de produzir benefícios aos seus sócios. A sua capacidade de gerar lucros, representa o retorno do investimento feito, investimento correspondente ao dos sócios que a criaram, ou nos seus aumentos de capital, logo o lucro da empresa representa o lucro de seus sócios originais, mas não necessariamente o lucro dos novos sócios. Para estes, seu lucro pode ser muito maior ou menor do que o reportado pela empresa, dependendo de quanto investiram nesta aquisição. Por isto, normalmente não se avalia uma empresa pelo que ela produz de lucros, mas o que ela produz de caixa.

Ainda que se partisse para considerar os elementos apresentados como demonstrativo prescrito em lei como prova para a contabilização do ágio com base na rentabilidade futura, não se teria como aferir a fidedignidade dos critérios utilizados nas projeções apresentadas, tendo em vista a inexistência dos elementos em referência. Registra que a prova deve ser harmônica com os fatos jurídicos efetivamente ocorridos.

Entende a fiscalização que a contribuinte não estaria apta a fruir da autorização legal prevista no inciso III do art. 7º da Lei 9.532/97, porque não teriam ocorrido os resultados positivos.

Os documentos utilizados como fundamento para o cálculo da rentabilidade futura não espelham fatos concretos que pudessem resultar na geração futura de lucros, contra os quais se pudessem confrontar, *pro-rata temporis*, os recursos despendidos no pagamento do ágio.

Em razão de não terem sido confirmados os resultados, a fiscalização reportou-se à Instrução CVM 247/96, alterada pela 285/98, que em seu art. 14, § 2º, alínea “a”, prevê que o ágio ou deságio decorrente de expectativa de resultado futuro deverá ser amortizado no prazo, extensão e proporção dos resultados projetados, ou pela baixa por alienação ou perecimento do investimento, devendo os resultados projetados serem objeto de verificação anual, a fim de que sejam revisados os critérios utilizados para amortização ou registrada a baixa integral do ágio. Afirma que a instrução da CVM aplica-se ao caso concreto e que não há a necessidade de caracterização formal de companhia aberta.

Conclusão da fiscalização

A fiscalização não discute a não existência dos valores pagos a maior quando da aquisição, mas sim, que os mesmos não se devem a expectativa de lucros futuros e sim a uma riqueza existente à margem da gráfica do Balanço Patrimonial. Para tal situação o ordenamento consagra a regra especial alínea “c” do § 2º do art. 20 do DL 1598/77 – fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas. Por consequência aplicou-se o inciso II do art. 7º da Lei 9.532/97, alterada pela Lei 9.718/98 – registro contábil no ativo permanente não sujeito a amortização.

Houve erro de direito manifesto na interpretação do fato realmente ocorrido – houve pagamento de ágio por outras razões de ordem econômica e não em razão de Rentabilidade Futura. Este último conceito é de ordem jurídico tributária e não se confunde com o conceito econômico financeiro quando empregado como método de avaliação de empresas ou outros procedimentos afins. Quando conceituada juridicamente no âmbito do direito tributário, a expressão “Rentabilidade Futura” ganha relevância jurídica e assim sendo dela há de se extrair os precisos efeitos da norma.

A norma só pode alcançar, nos termos em que está posta no ordenamento, as situações em que de forma cumulativa sejam precisamente atendidos dois requisitos fundamentais: (i) produção de prova em sentido formal – Demonstração escrita arquivada como comprovante de escrituração e, (ii) formação efetiva de lucros. Só a efetiva formação de lucros justificaria o emprego da distinção legal permissiva do direito de amortização. Se assim não fosse qualquer um poderia proceder a amortização do ágio alegando que previu a geração de lucros mas que infelizmente a previsão não se confirmou. Descabe qualquer tentativa de recurso à interpretação literal de uma das regras que compõem a norma. Esta somente pode ser interpretada como um todo, sob pena de se laborar em equívoco.

Declarou a natureza econômica do ágio incorrido e impugnou a dedutibilidade das amortizações, fazendo alusão aos art. 107, 109, 118, 142 e inciso V do art. 149 do CTN. (Ajustou a base tributável. Amortização mensal da Origem de R\$ 292.208,24 e da Antuérpia de R\$ 688.698,01).

Considerou como dispositivos infringidos os seguintes: § 2º, alínea “b”, do art. 20 do DL 1598/77, c/c § 3º do citado artigo, além dos dispositivos legais insertos no art. 7º e 8º da Lei 9.532/97 alterado pela Lei 9.718/98. Também foram utilizados para tributação,

outros dispositivos legais e regulamentares citados no Termo de Verificação e na folha de continuação do auto de infração.

Ágio – Empresa Cantalon S/A

Há um segundo Termo de Constatação Fiscal, datado de 27.05.2004 de fls. 2088/2090. Nesse Termo a fiscalização afirma que critério idêntico foi utilizado com relação às operações de constituição e incorporação da empresa Cantalon S/A, em função de contabilização de ágio, fato este, inclusive admitido em carta de (fls. 2149) onde a D-A informa que os elementos fornecidos em 03.09.2003 e 16.04.2004, são os mesmos utilizados pela Companhia nas projeções de resultados para justificativa do ágio, em razão da rentabilidade futura.

A fiscalização cita a seqüência de operações criadas única e exclusivamente para economia tributária. A diferença é que a empresa Cantalon era controlada pela D-A. A Cantalón S/A foi constituída em 12.08.99, com capital de R\$ 1.000,00, sendo 997 ações subscritas pela empresa Patrimônio. Em 30.08.2000 – D-A ACIONISTA CONTROLADORA DA CANTALÓN incorpora a Cantalón e a Bio-Ciência Lavoisier (Cantalon é controladora da Bio-Ciência Lavoisier)

A fiscalização glosou o ágio no valor de 2/60 (R\$ 559.363,95 por mês), de R\$ 1.118.727,90 em 31.12.99 e 1/60 por mês até 31/12/2003. Assim, antes da incorporação da Cantalón pela D-A, a Cantalón já havia amortizado ágio de 2/60 em 1999 e 8/60 em 2000. Do total do ágio de R\$ 33.561.837,28 foi transferido o saldo de ágio a amortizar de R\$ 27.968.197,78 para a D-A.

A glosa da amortização do ágio da empresa Cantalon foi objeto de diligência determinada pela Sétima Câmara do extinto 1º CC, cuja motivação se verá mais adiante.

O valor da glosa relativa aos ágios das empresas Origem e Antuérpia e da empresa Cantalon, bem como o valor do lucro real original é o constante da tabela abaixo, nos anos-calendário de 1999 a 2003, sendo que o valor glosado nos anos-calendário de 2000 a 2003, constam da infração 12.

Ano-calendário	Lucro real original R\$	Glosa: Origem e Antuérpia - R\$	Glosa: Cantalon R\$	Glosa total do ágio R\$
1999	(1.504.400,12)	3.819.343,56	1.118.727,90	4.938.071,46
2000	(6.621.174,63)	11.770.875,24	6.712.367,40	18.483.242,64
2001	(3.816.390,86)	11.770.875,24	6.712.367,40	18.483.242,64
2002	(22.974.687,07)	11.770.875,24	6.712.367,40	18.483.242,64
2003		11.770.875,24	6.712.367,40	18.483.242,64

Turma Julgadora:

A ementa proferida pela DRJ é a seguinte:

IRPJ. ÁGIO EM INVESTIMENTO. A amortização do ágio, como regra geral, é indedutível para a apuração do lucro real, bem como da base de cálculo da CSLL. A possibilidade de deduzi-lo prevista no art. 386, III, do RIR/99 - art. 7º, III, da Lei 9.532/97 e art. 10 da Lei 9.718/98 - refere-se à hipótese em que a pessoa jurídica absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio fundamentado em rentabilidade da coligada ou controlada com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros, caso em que a amortização poderá ser feita à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração. Não configurada tal hipótese ou não justificada a previsão de rentabilidade futura, mantém-se a glosa da amortização.

Recurso:

A recorrente alega que conforme já demonstrado na impugnação, as amortizações foram realizadas pela recorrente, segundo os critérios do Decreto-lei nº 1598/77 e da Lei nº 9532/97. Argumenta que após a realização de negociações relativas à venda de parte de seu capital social a um grupo de *private equity* que envolveram a saída de um de seus sócios-cotistas, a autuada teve registrado em seu patrimônio líquido, a débito da conta “ágio a amortizar, valores referentes ao ágio pago por empresas incorporadas pela recorrente na aquisição de participação societária, cujo fundamento econômico foi unicamente perspectiva de “rentabilidade futura” do investimento. Passou a amortizar periodicamente, os valores contabilizados como ágio, na exata proporção legalmente autorizada.

Ressalta que o enquadramento legal indicado no auto de infração (fls. 2082) que transcreveu é: “o contribuinte infringiu os dispositivos legais inseridos no parágrafo 2º do art. 20 do Decreto-lei 1598/77, c/c com o parágrafo 3º do citado artigo, além dos dispositivos legais insertos no art. 7º e 8º da Lei 9.532/97 alterado pela Lei 9.718/98”. Considera que a suposta infração imputada à recorrente restringe-se à desclassificação, por parte da autoridade fiscal, do fundamento econômico do ágio contabilizado e posteriormente amortizado, pois, em momento algum foi questionada a legalidade das operações societárias, já que perfeitamente lícitas e que a autoridade julgadora também não indicou qualquer irregularidade nas operações societárias.

Afirma que a infração restringe-se ao cumprimento ou não dos requisitos listados pelo art. 20 do Decreto-lei nº 1.598/77.

Afirma que embora tenha sido, o ágio em referência, enquadrado na alínea “b” do parágrafo 2º do art. 20 do DL 1598/77, a TJ, de maneira infundada e baseada em exigências e presunções sem qualquer amparo legal, o reclassificou de modo que seu fundamento econômico passasse a ser aquele expresso na alínea “c” do mesmo dispositivo legal, isto é: *fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas*. Entende que com essa alegada manobra, a TJ consignou pela impossibilidade de amortização do ágio contabilizado no ano-calendário de 1999 e seguintes.

Alega que na decisão da TJ, esta fez crer que a hipótese do caso presente não poderia ser enquadrada nas hipóteses do art. 7º da Lei 9532/97 (art. 386 do RIR/99), sob a

justificativa de que “*embora tenha incorporado as empresas Origem e Antuérpia, não detinha participação nessas empresas contabilizada em sua escrituração com ágio*”. Aduz que esse argumento em momento algum foi aventado quando da lavratura do auto de infração, tratando-se de inovação trazida pela decisão de primeira instância que deverá ser afastada. Traz argumentos enfrentando o posicionamento da decisão de primeira instância. Reproduz o caput de incisos I a IV do dispositivo legal mencionado.

Reproduz os itens 5.7 e 5.8 da decisão de primeira instância que expressa:

“5.7. Das disposições 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.

5.8. 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 as empresas Origem e Antuérpia, não detinha participação nessas empresas contabilizada em sua escrituração com ágio. Na verdade, as empresas Origem e Antuérpia é que detinham participações na fiscalizada, participações essas contabilizadas com ágio, o qual somente seria amortizável se as pessoas jurídicas Origem e Antuérpia viessem a absorver patrimônio da fiscalizada e se o ágio fosse fundamentado em rentabilidade futura prevista em documentação que justificasse tal previsão. Tampouco se cogita da hipótese prevista no artigo 8º, alínea “b”, da Lei 9.532/97, já que não se trata aqui de incorporação indireta de uma terceira empresa, pois o ágio contabilizado pelas empresas Origem e Antuérpia decorreu de aquisição de investimento na própria incorporadora.” (grifo e negrito da recorrente)

Entende que a TJ equivocou-se porque o caso dos presentes autos subsume-se perfeitamente à hipótese da norma veiculada pelo art. 8º da Lei 9.532/97, pois, o dispositivo legal não faz menção a “incorporação indireta de uma terceira pessoa”, mas, que pelo contrário, estabelece somente que na hipótese de a pessoa jurídica incorporada ser a detentora da participação societária adquirida com ágio, aplicam-se as disposições do artigo anterior.

Afirma que as empresas Origem e Antuérpia adquiriram participação societária com ágio fundamentado na rentabilidade futura do investimento e posteriormente foram incorporadas pela recorrente nos exatos termos do art. 8º, b, da Lei 9.532/97. Pouco importa se o investimento fora na incorporadora ou em terceiro, uma vez que o dispositivo legal não estabelece tratamento distinto para estas operações.

Situação diversa ocorreu com a Cantalon S/A, que era subsidiária da recorrente e aplica-se perfeitamente a hipótese do art. 7º da Lei 9.532/97.

A recorrente analisa o cumprimento dos requisitos do DL 1.598/77 e da Lei 9.532/97:

Transcreve o art. 20 do DL 1598/77, para argumentar, que ágio nada mais é do que o valor resultante da diferença entre o custo total de aquisição do investimento em sociedade controlada ou coligada e o valor da parcela proporcional ao patrimônio líquido destas na época de aquisição, ou em outras palavras, é o valor pago na aquisição do investimento além do valor do patrimônio líquido da coligada ou controlada que se está adquirindo.

Destaca que o legislador consignou ainda, a necessidade de se informar qual seria o fundamento econômico do ágio pago na aquisição da investida, que poderia ser: i) o valor de mercado dos bens do ativo da coligada ou controlada superior ao custo registrado em sua contabilidade; ii) a expectativa de rentabilidade futura da controlada ou coligada; iii) valor do fundo de comércio, intangíveis ou outras razões econômicas.

Reproduz o art. 7º da Lei 9.532/97, para concluir que o ágio pago com fundamento no item (i) acima, deve ser registrado em contrapartida à conta do bem ou direito que lhe deu causa, só podendo ser aproveitado, por conseguinte, no momento em que tal bem ou direito é realizado. Na hipótese de incorporação em que o ágio esteja fundado na expectativa de rentabilidade futura, nos termos do inciso III do art. 386 do RIR/99, a empresa incorporadora é autorizada a amortizar de forma dedutível este ágio à razão de um sessenta avos por mês. Apenas no caso de ágio pago com fundamento no item (iii) acima, sua amortização é permitida. Conclui que o tratamento tributário a ser conferido no ágio variará em função do fundamento econômico de sua aquisição no momento da operação societária.

Afirma que todas as operações foram realizadas com vistas às contundentes perspectivas de crescimento do ramo de análises clínicas no Brasil, e por conseguinte, de ampliação da atuação da recorrente nesse ramo e aumento dos lucros por ela obtidos. Conclui que considerando os fundamentos econômicos que a lei permite que se dê ao ágio pago na aquisição da investida, a hipótese no caso se enquadra na alínea “b” do parágrafo 2º do art. 20 do DL 1.598/77.

Acrescenta que seguindo as regras do dispositivo legal, lançou-se contabilmente o ágio que fora pago, e segundo o parágrafo 3º do art. 20 do mesmo DL, nessa hipótese se exige o arquivamento de documento que dê suporte à perspectiva de obtenção de lucros futuros. Essa exigência foi satisfeita por extenso relatório da renomada empresa de consultoria *Booz Alen Hamilton*, o qual a recorrente mantém em seus arquivos e cujas conclusões foram extremamente otimistas em relação à empresa investida, justificando, inclusive o pagamento de montantes ainda maiores do que aqueles pagos a título de ágio nas operações apontada pela autoridade fiscal (doc. 4 da impugnação).

Aduz que mantém em seus arquivos planilhas elaboradas com base no consagrado método EBITDA, que se presta a avaliar a empresa com base no potencial de geração de caixa sem os efeitos decorrentes da forma de financiamento da empresa e antes dos efeitos dos tributos sobre os resultados, que nada mais é do que um método cientificamente reconhecido para apurar o valor de empresas com base na perspectiva de rentabilidade e cuja aptidão para satisfazer a exigência legislativa em tela será analisada mais adiante (docs. de fls.

5 a 7 da impugnação). Sendo uma metodologia cientificamente reconhecida, não haveria que se falar que a recorrente “não identifica os parâmetros, as variáveis ou critérios utilizados em suas projeções”, e que já durante a fiscalização estes dados foram identificados.

Afirma que não produziu novos documentos quando da apresentação da impugnação porque os apresentados durante a ação fiscal são suficientes para demonstrar o cumprimento dos requisitos estabelecidos no DL 1.598/77.

Alega que da leitura do Termo de Constatação Fiscal de 04.05.2004, o que se nota é um inexplicável inconformismo por parte da autoridade fiscal com o sistema jurídico posto, que permite a amortização do ágio com fundamento na perspectiva de rentabilidade futura da empresa investida e que o auditor passou a criar requisitos totalmente alheios às normas aplicáveis ao caso concreto, de maneira que pudesse justificar suas pretensões de glosar os valores amortizados pela recorrente e, por conseguinte, fazer justiça fiscal”.

Mas, que justamente em respeito ao princípio da legalidade, a justiça fiscal reside exatamente na observância estrita das normas que integram o sistema jurídico posto e não mero julgamento de valor da autoridade fiscal. Faz referência ao princípio da legalidade, de que trata o art. 5º, inciso II e art. 150, inciso I da CF, e art. 97 do CTN. Afirma que a autoridade fiscal tangencia todas as etapas da reorganização societária sem, contudo, apontar qualquer irregularidade ou infração em relação a elas. Em nenhum momento questiona-se o efetivo pagamento do ágio nas operações de aquisição de participação societária. Acrescenta que a autoridade fiscal reconheceu que tenha sido elaborada a prova exigida que é a previsão de resultados positivos. Mas, que inconformada com o fato dos resultados apurados pela empresa adquirida não terem ocorrido exatamente com os previstos pela Booz Alen Hamilton e pelas planilhas EBITDA, de projeções financeiras e de fluxo de caixa, a autoridade fiscal desconsiderou o ordenamento jurídico e passou a exigir a ocorrência de caso fortuito ou de força maior para que a amortização do ágio pago fosse possível no caso concreto e mais que isso, a fiscalização exigiu que os resultados apurados pela recorrente nos anos seguintes à realização das incorporações ocorressem exatamente conforme as previsões formuladas pela empresa de consultoria. Discorda da autuação e da decisão de primeira instância que teriam consignado que somente a efetiva formação de lucros justificaria o emprego da distinção legal permissiva do direito de amortização.

Aborda a interpretação literal e sistemática da norma: a demonstração da previsão dos resultados futuros.

Salienta que em sua impugnação procedeu à análise literal e sistemática dos já citados dispositivos legais, mas que, a TJ não os enfrentou.

Destaca que o art. 385 do RIR/99, parágrafos 2º e 3º exigem o arquivamento de demonstração da previsão dos resultados de exercícios futuros. Cita doutrinadores para concluir que a documentação exigida pelo mencionado dispositivo legal deve representar um documento que desenvolva um raciocínio lógico e fundamentado que implique as conclusões a que chegou. Discorda da autuação fiscal, que tenta desqualificar o relatório sustentando que a avaliação foi baseada em um cenário a partir do mercado brasileiro de uma forma genérica e não apenas nos elementos constantes da contabilidade da empresa avaliada. Mas que partiu-se pelo mercado brasileiro de análises clínicas, passou-se para a realidade contábil e financeira da empresa analisada, valendo-se inclusive das planilhas EBITDA, de projeções financeiras e de fluxo de caixa, e chegou-se à conclusão de que a participação societária que se pretendia

adquirir poderia ser valorada em até R\$ 90 milhões, em que pese tenha sido adquirida por R\$ 65.762.978,00.

Para afastar qualquer dúvida quanto ao atendimento da exigência do art. 385 do RIR/99, a recorrente contratou Parecer Técnico de renomado profissional da área de finanças e investimentos, o professor Cláudio Vilar Furtado, da FGV em que foram oferecidos os seguintes quesitos (doc. 8 da impugnação):

Quesito 1 – A aferição e projeção do EBITDA é um dos critérios válidos para a avaliação das empresas?

Quesito 2 – A aferição e projeção do EBITDA pode revelar a expectativa de rentabilidade futura?

Quesito 3 – O Regulamento do Imposto de Renda (Decreto 3.000/99), em seu art. 385 define o ágio como sendo o valor resultante da diferença entre o valor da parcela do patrimônio líquido da adquirida e o custo de sua aquisição. Essa diferença pode ser fundamentada no valor da rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão de resultados nos exercícios futuros, que deve ser baseada em demonstração. Pode-se considerar que os documentos anexos são adequados para que demonstrasse, na ocasião da realização do negócio, a previsão dos resultados nos exercícios futuros?

Foram fornecidos ao especialista o relatório elaborado pela Bozz Allen Hamilton e as planilhas EBITDA. O Parecer Técnico foi apresentado com a impugnação. Respondeu o especialista, em síntese:

a) A determinação de valor, a avaliação das ações da empresa com base em EBITDA projetado é sim um dos critérios válidos porquanto o EBITDA é uma métrica que reflete o fluxo de caixa das atividades operacionais da empresa (p. 12).

b) Ao lado de outros métodos de avaliação de participações acionárias reconhecidos pela doutrina, o EBITDA, mostra-se bastante eficaz para os propósitos que o caso presente demanda e portanto, para o atendimento dos requisitos do art. 385 do RIR/99. O Prof. Cláudio procedeu à reavaliação das ações transacionadas utilizando outras duas metodologias: Na primeira valeu-se de critérios científicos EBIT (*Earning Before Interest and Taxes*) e NOPLAT (*Net Operating Profits Loess Adjusted Taxes*), ao passo que na segunda verificação o ponto de partida foram os dados da projeção do EBITDA apresentados à fiscalização, sendo que ambas as projeções foram efetuadas com vistas a apurar o FCFF (Free Cash Flow to the Firm) da empresa.

Destaca a recorrente a conclusão do especialista: “Os critérios adotados pelo gestor na elaboração das projeções de resultados futuros (*Income Statement*) parecem-nos razoáveis, e adequadamente formulados para refletir os riscos e os valores esperados de cada um dos componentes dos resultados futuros” (p. 33 do parecer).

Afirma que no momento em que a participação societária é adquirida é simplesmente impossível assegurar que tais resultados acontecerão exatamente como previstos, tanto para a contribuinte quanto para o fisco e discorda da afirmação da autoridade fiscal no Termo de Constatação Fiscal (04.05.2004, p. 17), de que para se considerar uma prova pré-constituída não basta o cumprimento do requisito formal mas, que seu conteúdo deve ser compatível com a legalidade da conduta que está posta no mundo real das coisas.

Conclui a recorrente que se fosse essa a intenção do legislador, o dispositivo sob análise certamente teria redação diversa da atual e traria, de maneira expressa em seu bojo, a necessidade de vinculação da amortização do ágio à posterior confrontação dos resultados obtidos com aqueles anteriormente previstos, o que não ocorre. Exige que o contribuinte mantenha documento que embase a previsão, mas, não sua efetiva ocorrência, posto que seria impossível que o contribuinte soubesse de antemão que a empresa investida geraria ou não lucros.

Aborda a contabilização do ágio em razão da expectativa de rentabilidade futura.

Aduz que a fiscalização procurou desqualificar a indicação realizada pelas empresas incorporadas pela recorrente quanto à fundamentação econômica do ágio por elas pago, quando da aquisição de participação societárias e que por mais que a contribuinte disponha de elementos que possam enquadrar o ágio pago em uma ou outra hipótese, tendo em conta tratar-se de alternativas que se excluem mutuamente, deve-se optar por aquela que seja mais razoável diante do caso concreto e que o fundamento não poderia ser outro senão a expectativa de rentabilidade futura da empresa coligada ou controlada. Destacou que trata-se de partes não relacionadas, totalmente independentes, e que num sistema capitalista, o preço avançado não poderia ser outro senão o de mercado. Ressalta que grande parte da doutrina critica veementemente a alínea “c” do parágrafo 2º do art. 385 do RIR/99, porque o fundo de comércio e os intangíveis da empresa nada mais são do que uma justificativa para a expectativa de rentabilidade futura do empreendimento, já estando, portanto, incluídos na hipótese da alínea B do dispositivo em tela e também porque a expressão “outras razões econômicas” é de tamanha amplitude e vagueza que acaba por não indicar qual seria o fundamento econômico do ágio pago, dando margem, assim, a abusos e equívocos diversos e que seria absurdo tentar enquadrar o ágio pago no caso presente em qualquer das hipóteses da alínea c do parágrafo 2º do art. 385 do RIR/99.

Analisa pontualmente alguns aspectos relevantes do Termo de Constatção Fiscal.

Afirma que algumas observações feitas na impugnação deixaram de ser abordadas pela decisão recorrida, devendo ser enfrentada na fase recursal.

a) discorda de que a autoridade fiscal disponha do “poder-dever de reclassificar a natureza econômica do ágio”, pois se o fisco entender que a recorrente equivocou-se quanto à indicação do fundamento econômico do ágio pago, somente caberia glosar os valores indevidamente já amortizados.

b) discorda da autoridade fiscal quanto a se pretender exigir a confrontação dos resultados futuramente ocorridos com os previstos quando do pagamento e lançamento do ágio, porque não há norma que assim o exija.

c) Que a avaliação da empresa investida foi de R\$ 90 milhões, que seria o teto para fins de pagamento de ágio, sendo que, no entanto, tais participações societárias foram adquiridas pelo valor de R\$ 65.762.978,00, em razão de negociação entre as partes.

d) Sobre a afirmação da fiscalização de que a avaliação não demonstra onde estão confirmadas na realidade específica à empresa “Delboni-Auriemo” elementos tais como, contratos futuros, valores a receber e outros elementos que demonstrassem de forma

inequívoca esta rentabilidade futura (p.;15), a recorrente discorda, pois, os itens apontados pela autoridade fiscal de acordo com a boa técnica contábil devem estar registrados na contabilidade da empresa. Se tais itens devem ser reconhecidos pela contabilidade é lógico supor que estão também espelhados no valor que se atribui ao patrimônio líquido. Ressalta que o ágio pago em um negócio jamais poderia estar refletido em qualquer elemento registrado na contabilidade, senão não seria ágio e sim parcela do patrimônio líquido.

e) Sobre a afirmação da fiscalização de que em relação ao laudo de avaliação (p. 16), não se trataria de uma ferramenta destinada a avaliar a rentabilidade da empresa nos moldes da legislação fiscal e societária, a recorrente aduz que a autoridade fiscal não faz menção a qualquer dispositivo legal que trate da matéria, porque simplesmente não existem tais normas.

f) A recorrente argüi que se não houvesse apurado lucro em nenhum dos anos em que foram lançadas as amortizações do ágio, como poderia a sua glosa implicar na existência da base de cálculo tal que justificasse os valores exigidos pelo auto de infração ora combatido. Se a glosa resultou em valores a pagar a título de imposto de renda e contribuição social, certamente é porque houve a efetiva geração de lucros.

Aborda a inaplicabilidade das instruções da CVM:

Argumenta que na impugnação ficou demonstrada, ainda, a improcedência da pretensão fiscal de que instruções da CVM tenham força vinculante em relação à recorrente, à época, sociedade anônima de capital fechado. Entende que eventuais normas editadas pela CVM, pela própria função e natureza dessa Comissão, não podem produzir efeitos tributários, sob pena de se violar a garantia à isonomia (art. 150, inciso II da CF), pois implicaria em assumir a possibilidade de companhias abertas e fechadas contribuírem de maneira desproporcional aos cofres públicos. Discordou da fiscalização por se basear em uma reportagem da revista Veja, para afirmar que “o fundo de investimentos Patrimônio Private Equity 1 – composto por empresas nacionais, americanas e canadenses – adquiriu o equivalente a 49% das ações do Delboni”, mas que a conclusão que se pode chegar a partir do trecho transcrito é a de que o mencionado fundo de investimentos adquiriu ações da recorrente.

DETERMINAÇÃO DE DILIGÊNCIA – sessão de 23.05.2007 (infração nº 10)

Para que se ampliasse a compreensão sobre a amortização do ágio contabilizado na empresa CANTALON, foi determinada a diligência para esclarecimento dos seguintes fatos:

a) Quais os fatores que levaram a empresa CANTALON a contabilizar o ágio?

b) Quais os fatores que levaram a empresa CANTALON a amortizar o ágio de novembro de 1999 a agosto de 2000?

DO RELATÓRIO FISCAL (infração nº 10)

A autoridade fiscal elaborou relatório de fls. 3978/3996 que foi cientificado à interessada.

A primeira pergunta formulada pelo autor da diligência é a seguinte:

*Quais os fatores que levaram a empresa CANTALON a contabilizar o ágio de R\$ 33.561.837,28 em sua escrituração?
Apresentar esclarecimentos por escrito, acompanhados da documentação comprobatória.*

Esclarece a autoridade fiscal inicialmente, que no curso da fiscalização a contribuinte apresentou carta datada de 05.05.2004, fl. 2149, por meio do qual informou que o ágio pago pela empresa CANTALON para adquirir participação social na LAVOISIER foi fundamentado em rentabilidade futura, baseado em projeções de resultados que estariam nos mesmos elementos fornecidos em 03.09.2003 e 16.04.2004. Acrescenta que tal documentação de fls. 1892/2003 e 2052/2059, destinam-se somente à tentativa de justificar o ágio pago pelas empresas ORIGEM e ANTUÉRPIA para adquirir participação social na empresa DELBONI AURIEMO, não apresentando dados relativos às empresas LAVOISIER ou CANTALON.

A fim de esclarecer se a documentação destinada a justificar o ágio pago pelas empresas ORIGEM e ANTUÉRPIA na aquisição da participação na empresa DELBONI-AURIEMO era a mesma que entendia ser cabível para justificar o ágio pago pela CANTALON para adquirir parte da LAVOISIER. Afirma que a resposta da contribuinte, de fl. 3783 coloca em dúvida a capacidade de compreensão da autoridade fiscal, mas que, dúvidas à parte, presta-se a confirmar a omissão de informações no curso do procedimento fiscal, posto que os elementos fornecidos em 03.09.2003 e 16.04.2004 não mantém qualquer relação com as empresas LAVOISIER e CANTALON.

Esclarece que conforme resposta da contribuinte de fls. 3780, que o ágio escriturado pela empresa CANTALON decorreu de aquisição, por esta, de participação acionária na sociedade LAVOISIER, tendo como fundamento econômico a expectativa de rentabilidade futura da LAVOISIER, na forma da alínea b, § 2º, do art. 20 do DL 1598/77.

Para demonstrar a previsão de expectativa de rentabilidade futura a contribuinte apresentou (i) estudo “*Latin Healthcare Fund. L.P.*”, de fls. 3833/3846 e (ii) planilhas “*Income Statements*”, de fls. 3847/3863. Observa a autoridade fiscal que esses documentos apresentam textos no limite da legibilidade e não se encontram no idioma nacional, fato que já seria suficiente para desconsiderá-los. Ressalta que mesmo que estivesse no idioma nacional, o documento “*Latin Healthcare Fund. L.P.*” não se prestaria a justificar o fundamento econômico ou a valoração do ágio pago pela CANTALON na aquisição da LAVOISIER, posto que não apresenta estudos ou dados numéricos à expectativa de rentabilidade futura da LAVOISIER. Esse documento seria apenas um relatório sucinto e superficial, tecendo apenas alguns comentários sobre a capacidade de produção, instalações, equipamentos de laboratório e informática dos laboratórios DELBONI AURIEMO e LAVOISIER, sem entrar em aspectos numéricos relativos à rentabilidade do negócio.

Afirma que esse documento presta-se a mostrar que o desfecho final dos fatos já havia sido previamente delineado, qual seja, a compra do laboratório LAVOISIER e sua incorporação ao DELBONI AURIEMO (fls. 3837/3839).

Destaca que a parafernália jurídica que envolveu a compra da LAVOISIER pela CANTALON prestou-se somente a maquiagem o desfecho final, a fim de obter vantagens tributárias indevidas na DELBONI AURIEMO, por meio da amortização do suposto ágio pago com base em expectativa de rentabilidade futura da LAVOISIER.

Sobre as planilhas “*Income Statementes*”, ainda que estivessem legíveis e no idioma nacional, não se prestariam a demonstrar a valoração e a fundamentação econômica do ágio. Desqualifica-o pela falta da linha “*Discounted Cash Flow*”, citada no texto da carta da contribuinte de fl. 3781, na qual estaria supostamente apontado o montante atinente ao potencial futuro de geração de resultados da LAVOISIER, com vistas a justificar a valoração e a fundamentação econômica do ágio.

Ressalta que ainda que a falta da linha mencionada e seus cálculos fosse sanada, também não seria suficiente para demonstrar o fundamento econômico do suposto ágio pago na aquisição da LAVOISIER, pela simples falta de atendimento aos requisitos legais.

Afirma que a glosa das amortizações levada a efeito pela autoridade lançadora, seja no caso da LAVOISIER ou no caso da ORIGEM e da ANTUÉRPIA, decorreu da falta de adequada justificativa para a constituição do ágio por rentabilidade futura, nos estritos termos das determinações do art. 20 do DL 1598/77 e arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97.

O inciso I do art. 7º da Lei 9.532/97 trata do ágio pago com fundamento no valor de mercado dos bens do ativo, na parcela que exceder ao montante registrado na contabilidade, não sendo aplicável ao caso em tela, posto que não foi abordado pela contribuinte ou pela autoridade lançadora.

O inciso III do art. 7º da Lei 9.532/97 determina que o ágio pago com fundamento em previsão dos resultados nos exercícios futuros é amortizável na apuração do lucro real da incorporadora, apresentando assim grande vantagem tributária, motivo pelo qual a contribuinte, bem como os consultores contratados pela mesma, não poupam esforços para tentar provar que o ágio foi pago exclusivamente com base nesse fundamento.

Por outro lado, o inciso II, do art. 7º da Lei 9.532/97 determina que o ágio pago com fundamento no valor do fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas deve ser registrado em conta de ativo permanente, não sendo amortizável na apuração do lucro real da incorporadora, apresentando assim grande desvantagem tributária, razão pela qual a contribuinte, bem como os consultores, não admitem que parte do ágio, ou sua totalidade, foi paga com base nesse fundamento econômico.

Diz que é lógico considerar que o investidor espera obter rentabilidade futura em qualquer hipótese, seja ao adquirir uma participação pelo valor do fundo de comércio ou de seus intangíveis, seja ao adquirir uma participação com valor fundamentado na previsão de resultados futuros; e que partindo da premissa que um investidor não compra uma participação esperando por prejuízos futuros, seria evidente que a distinção pretendida pelo legislador para a fundamentação do ágio não reside na simples existência de rentabilidade futura, posto que em ambos os casos o investidor espera obter rentabilidade futura.

Acrescenta que segundo a lógica imposta pelo legislador seria evidente que a alínea “c” trata do ágio pago com base na perpetuação da rentabilidade que já é obtida no momento da aquisição, que não depende de previsões, e que a alínea “b” trata do ágio pago com base na previsão de uma rentabilidade a ser obtida no futuro, em montante superior àquela que é obtida no momento da aquisição.

Dessa forma, na lógica estabelecida pelo legislador o adquirente da participação social pelo valor do fundo de comércio e dos intangíveis está pagando por uma riqueza que está à margem da escrituração, mas que no entanto, está pagando por uma riqueza

já existente, que não precisa ser trabalhada ou alcançada no futuro, mas tão somente ser perpetuada a partir do resultado presente.

Afirma que a contribuinte menospreza a inteligência do legislador quando, em sua defesa, às fls. 2271, argumenta que o valor do fundo de comércio e os intangíveis, na forma do inciso III, também seriam uma justificativa para a expectativa de rentabilidade futura, e que assim já estariam incluídos no ágio pago com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros, na forma do inciso II.

Destaca que o legislador quis dar um tratamento a rendimentos futuros, advindos de uma riqueza já existente no presente, que denominou de “fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas” e outro, de rendimentos futuros, decorrentes de uma riqueza a ser formada no futuro, que denominou de “previsão de resultados nos exercícios futuros”.

Entende que o legislador inseriu claramente duas espécies de ágio:

- o ágio pago em decorrência dos rendimentos futuros, que o fundo de comércio e os intangíveis da empresa já são capazes de gerar no momento da aquisição, enquadrável no inciso III, do art. 7º da Lei 9.532/97 e não amortizável na apuração do lucro real;

- o ágio pago em decorrência da expectativa de resultados nos exercícios futuros, ou seja, pago em função da expectativa de obter rendimentos superiores aos já obtidos no momento da aquisição, enquadrável no inciso II do art. 7º, da Lei 9.532/97, amortizável na apuração do lucro real.

Cita um exemplo para concluir que em tese, uma parcela do ágio pode ser contabilizada com fundamento econômico baseado no fundo de comércio e intangíveis, não amortizável, e outra, contabilizada com fundamento na previsão de resultados futuros, amortizável.

Acrescenta que o legislador não deixou liberdade ao contribuinte para escolher a seu bel prazer se pagou ágio com fundamento no fundo de comércio e intangíveis, ou se pagou ágio somente com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros; e que a existência do valor do fundo de comércio e dos intangíveis no momento da aquisição não é uma opção do contribuinte, sendo uma realidade ditada pelo mercado; assim, não basta à contribuinte alegar que a empresa nada valia a esse título.

Além disso, a parcela do ágio que seja fundamentada em expectativa de resultados futuros deveria ser devidamente fundamentada em demonstrativo, conforme exigência do § 3º do art. 20 do DL 1.598/77, posto que dela resulta notável vantagem tributária.

Aduz que no caso das empresas ORIGEM e ANTUÉRPIA, a contribuinte argumenta que apresentou as planilhas baseadas no método EBITDA, por meio das quais procurou mostrar que a DELBONI AURIEMO seria avaliada em R\$ 90 milhões, com base na expectativa de resultados futuros.

Ressalta que tais planilhas nada informam sobre o valor de mercado dos ativos escriturados, bem como nada informam sobre o valor do fundo de comércio e dos intangíveis no momento em que ocorreram as transações, impedindo à autoridade lançadora

determinar quais parcelas dos ágios foram pagas a título do fundamento econômico da alínea “c”, sobre as quais não caberia a amortização no lucro real da incorporadora.

Afirma que a contribuinte preferiu apegar-se somente à futurologia dos resultados, mas esqueceu que a legislação previa a segregação do ágio pago com fundamento na aliena “c”, cujo valor não dependia da futurologia dos resultados, mas apenas da perpetuação dos resultados obtidos pela empresa no momento da aquisição.

Acrescenta que a autoridade lançadora procedeu corretamente ao considerar que os laboratórios LAVOISIER e DELBONI AURIEMO, no momento em que ocorreram as transações, já possuíam um expressivo valor a título de seu fundo de comércio, pela rentabilidade que já auferiam, pelo nome com prestígio e destaque no mercado nacional de diagnósticos, grande carteira de clientes, grandes contratos com planos de saúde, estrutura organizacional devidamente montada e funcionando, corpo funcional devidamente treinado e operando, diversas unidades de atendimento montadas e em funcionamento em locais de grande movimento, unidades laboratoriais com vasta gama de equipamentos de diagnóstico etc.

Para que não parem dúvidas sobre o afirmado, bastaria observar os dados das planilhas anexadas às fls. 2540/2544, nas quais é possível observar que a DELBONI AURIEMO gerou em 1998 faturamento bruto próximo de R\$ 74 milhões e um saudável EBITDA próximo de R\$ 13 milhões, contando com 20 unidades de atendimento em locais de grande movimento.

No tocante à empresa LAVOISIER, as planilhas fornecidas pela contribuinte, de fls. 2148 e 3848, mostram que esta empresa gerou em 1998 faturamento bruto próximo de R\$ 32 milhões e um saudável EBITDA próximo a R\$ 4 milhões, contando com dez unidades de atendimento em locais de grande movimento.

Observa que as empresas LAVOISIER e DELBONI AURIEMO já possuíam no momento de sua aquisição um fundo de comércio com grande valor no mercado, pela simples perpetuação da rentabilidade que já auferiam, independentemente das modificações futuras que viesse a aumentar seus resultados.

Destaca que a contribuinte, visando sua exclusiva conveniência tributária, considerou indevidamente que o ágio foi pago integralmente com fundamento na previsão de rentabilidade de exercícios futuros, passando a amortizá-lo na apuração do lucro real dos períodos subseqüentes à incorporação, motivo pelo qual a fiscalização procedeu à sua justa glosa.

Faz referência a texto de consultor de fls. 3811, que esclarece que perpetuando-se o faturamento, ou seja, mantendo-se constante ao longo do tempo, sem aumento nos resultados futuros, extrai-se uma regra geral para a negociação dos bares, baseada no valor equivalente a oito vezes seu faturamento bruto, trazendo à tona o valor do fundo de comércio desse estabelecimento, sem que seja necessário recorrer à futurologia dos resultados.

Conclui que a autoridade lançadora procedeu à correta glosa integral do ágio amortizado na DELBONI AURIEMO, oriundo das empresas LAVOISIER, ORIGEM e ANTUÉRPIA, posto que as planilhas apresentadas pelo contribuinte não se prestaram a demonstrar a parcela paga com base na previsão de resultados futuros, bem como não foram apresentados documentos que permitissem à fiscalização determinar a parcela do ágio relativa ao valor do fundo de comércio e seus intangíveis, sobre a qual não caberia a amortização no

lucro real. Ou seja, a contribuinte não apresentou demonstrativo segregando as parcelas de ágio entre os enquadramentos das alíneas, “a”, “b” e “c” do § 2º do art. 20 do DL 1598/77.

A seguir aborda-se o item 2 do Termo de Intimação:

Quais os fatores que levaram a empresa CANTALON a amortizar o referido ágio nos períodos de 11/1999 a 08/2000, totalizando R\$ 5.593.639,50? Apresentar esclarecimentos por escrito, acompanhados de documentação comprobatória.

Salienta a autoridade que realizou a diligência que a contribuinte explicou (fl. 3782) que a amortização realizada pela CANTALON nesse período não produziu efeitos fiscais na mesma, pois teria sido adicionada na apuração do IRPJ e da CSLL, juntando, a título de comprovação, cópias do LALUR da CANTALÓN em seu doc. 5, de fls. 3864/3878.

Afirma o autor da diligência que de fato, diante dos elementos apresentados, parece que a amortização do ágio foi mesmo adicionada na apuração do lucro real da CANTALON, provavelmente pelo fato de que tal amortização seria indiferente para a CANTALON, por não apresentar resultado operacional tributável, posto que esta empresa não existiu de fato, prestando-se tão somente à manobra jurídica que transportou o ágio gerado na aquisição da LAVOISIER para a DELBONI AURIEMO.

Destaca que por outro lado, no fato que é de real interesse dos autos, a DELBONI AURIEMO não adicionou ao seu lucro real as parcelas das amortizações do ágio contabilizado por ocasião da incorporação da CANTALON, obtendo assim vantagens tributárias indevidas, ensejando a correta glosa.

Segundo o relatório fiscal, os itens 5, 7 e 9 do Termo de Intimação prestaram-se a dar nova oportunidade à contribuinte para esclarecer a formação do ágio envolvendo as empresas LAVOISIER, ORIGEM e ANTUÉRPIA, por meio da apresentação de laudos, avaliações, demonstrativos e outros documentos que se prestassem a mostrar qual era o valor do fundo de comércio e dos intangíveis não escriturados da LAVOISIER na data em que a empresa CANTALON adquiriu participação societária na citada, da empresa DELBONI AURIEMO na data em que a empresa ORIGEM adquiriu participação societária na citada, e da empresa DELBONI AURIEMO na data em que a empresa ANTUÉRPIA adquiriu participação societária na citada, visando apurar o montante do ágio que seria enquadrável na alínea “c” do texto legal.

Destaca que as questões foram complementadas pelo esclarecimento de que o valor do fundo de comércio e dos intangíveis não escriturados deveria ser entendido como sendo o valor de mercado da empresa no momento da aquisição, em função da clientela já formada, tradicional e contínua, do nome comercial amplamente conhecido e conceituado no mercado, dos contratos firmados e contínuos, etc..

Ressalta a autoridade fiscal que o contribuinte deixou de apresentar os documentos solicitados limitando-se a apresentar a justificativa que transcreveu, da carta de fls. 3785, cujo trecho reproduzo abaixo:

Não existe qualquer laudo, avaliação, ou demonstrativo, relativo ao suposto valor de mercado do fundo de comércio ou dos ativos intangíveis não escriturados de LAVOISIER ou DELBONI. Tais documentos, com efeito, jamais foram elaborados, pois em

momento algum se cogitou a existência de fundo de comércio ou ativos intangíveis não escriturados dessas sociedades passíveis de análise individualizada, para quaisquer fins.

...

*Não é demais ressaltar, ademais, que o tema afeito ao fundo de comércio ou ativos intangíveis não escriturados **jamais** foi objeto do presente processo administrativo.*

A autoridade fiscal explica que a resposta da contribuinte apresenta duas surpresas. A primeira refere-se ao fato de dizer que em momento algum se cogitou a existência de fundo de comércio ou ativos intangíveis não escriturados dessas sociedades passíveis de análise individualizada, porque, quem determina a existência do valor do fundo de comércio e dos intangíveis de uma empresa ou estabelecimento é o próprio mercado e não o contribuinte. A outra surpresa diz respeito à afirmação de que o tema afeito ao fundo de comércio ou ativos intangíveis não escriturados jamais foi objeto do processo administrativo.

Reproduz os seguintes trechos extraídos do Termo de Constatação Fiscal do auto de infração, de fls. 2060/2082, nos quais o tema seria plenamente abordado.

FL. 2071

...

Quando a razão do ágio for a existência de fundo de comércio ou intangíveis não contabilizados (não consagrados juridicamente na escrituração comercial), estará o contribuinte desobrigado de comprovação documental, o mesmo ocorrendo se a razão do ágio for não identificável ou de livre negociação entre as partes.

...

Fl. 2080

...

Na verdade, não se discute aqui a não existência dos valores pagos a maior quando da aquisição, mas sim que os mesmos não se devem à expectativa de lucros futuros e sim a uma riqueza existente a margem gráfica do Balanço Patrimonial. Para tal situação, materialmente ocorrida, tem-se que o ordenamento consagra regra especial que é aquela inserta na alínea “c” do § 2º do art. 20 do DL n. 1598/77 – fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas ...

Conclui a autoridade fiscal que a contribuinte optou pela omissão, deixando de apresentar documentos que se prestem a mostrar a composição do ágio pago nas transações envolvendo as empresas LAVOISIER, ORIGEM e ANTUÉRPIA.

Em relação aos itens 6, 8 e 10 do Termo de Intimação, esclarece a autoridade fiscal que prestaram-se a dar nova oportunidade à contribuinte de esclarecer a formação do ágio envolvendo as empresas LAVOISIER, ORIGEM e ANTUÉRPIA, por meio da apresentação de laudos, avaliações ou outros documentos que se prestassem a mostrar qual era

o valor de mercado dos ativos contabilizados da LAVOISIER na data em que a empresa CANTALON adquiriu a participação societária na mesma, e da DELBONI AURIEMO na data em que as empresas ORIGEM e ANTUÉRPIA adquiriram a participação societária na mesma, visando apurar o montante do ágio que seria enquadrável na alínea “a” do texto legal.

Também foi solicitada a composição do ativo das empresas LAVOISIER e DELBONI AURIEMO na data em que ocorreram as transações. Explica que a resposta da contribuinte de fl. 3786, parece equivocada, posto que, em vez de referir-se ao valor de mercado dos ativos contabilizados, referiu-se à matéria dos itens 5, 7 e 9, abordando o valor do fundo de comércio e intangíveis não escriturados. Entende que resta novamente configurada a opção da contribuinte pela omissão de informações, deixando de apresentar documentos que se prestam a mostrar a composição do ágio pago nas transações envolvendo as empresas LAVOISIER, ORIGEM e ANTUÉRPIA.

Sobre o item 11 do Termo de Intimação, a contribuinte deveria esclarecer aparentes incoerências na argumentação que justificou os ágios envolvendo as empresas LAVOISIER, CANTALON, ORIGEM, ANTUÉRPIA e PLATYPUS HOLD.

No curso do procedimento fiscal, a contribuinte tentou justificar todos esses ágios por meio da mesma documentação, uma carta elaborada pela empresa PATRIMÔNIO INVESTIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA, de fls. 1893/1894, na qual a DELBONI AURIEMO é avaliada em até R\$ 90 milhões, tendo como base relatórios elaborados pela consultoria Booz-Alen & Hamilton, de fls. 1895/2003, 2052/2059 e 2403/2562.

A transação envolvendo a LAVOISIER e a CANTALON não é citada nessa documentação, no entanto, a contribuinte, no curso do procedimento fiscal, apresentou carta de 05.05.2004, de fl. 2149, por meio da qual informou que o ágio pago pela empresa CANTALON para adquirir participação social na LAVOISIER foi fundamentado em rentabilidade futura, baseado em projeções de resultados que estariam nos mesmos elementos fornecidos em 03.09.2003 e 16.04.2004. Ressalta que os elementos entregues pela contribuinte por meio das cartas com datas de 03.09.2003 e 16.04.2004 são justamente a citada carta e os relatórios da Booz-Allen, de modo que foi a própria contribuinte que estabeleceu o vínculo entre os fatos. Para maior clareza na análise, transcreve na seqüência o item 11 do Termo de Intimação e transcreve carta da contribuinte de 04.05.2009.

A autoridade fiscal argumenta que em relação ao trecho transcrito, cabe destacar que os documentos citados na tabela, “Rel. James Carson/Planilhas *Income Statements*”, referentes ao ágio envolvendo a LAVOISIER, conforme detalhado no item “a” daquele relatório, contém omissões e não esclarecem a composição do ágio pago, de modo que não se prestariam a justificar o ágio pretendido.

Por outro lado, no caso dos ágios envolvendo as empresas ORIGEM, ANTUÉRPIA e PLATYPUS, a documentação utilizada é sempre a mesma, o relatório da Booz-Allen & Hamilton, assim, não seria verídica a afirmação da contribuinte de que há planilhas específicas para cada operação.

Afirma que a contribuinte deixou de atender plenamente à solicitação da fiscalização, por ter deixado de incluir em sua planilha a totalidade das operações contabilizadas no período de 1999 a 2003, deixando de informar o ágio contabilizado em função da incorporação da empresa PLATYPUS HOLD, no valor de R\$ 50.022.996,35, sob o pretexto, contido nas entrelinhas, de que não constitui objeto do presente processo.

Informa que o ágio advindo da PLATYPUS HOLD foi objeto de nova autuação, no processo 10882.002482/2006-10, que se encontrava naquela data aguardando julgamento no 1º CC. Em razão dessa autuação ser esclarecedora e complementar à matéria dos autos em análise, a autoridade fiscal sugere à autoridade julgadora, caso julgue conveniente, a consulta ao citado processo, cuja cópia da decisão de primeira instância foi anexada às fls. 3939/3976.

A autoridade fiscal retorna ao tema do relatório Booz-Allen & Hamilton. Aduz que a contribuinte passou por um grande processo de expansão que se iniciou em 1999, tendo à frente um grupo de investidores que ingressou na sociedade e promoveu a compra e incorporação de vários laboratórios, tais como, LAVOISIER, LÂMINA, BRONSTEIN, etc.

As planilhas do citado relatório, de fls. 2540/2544, baseadas no EBITDA e no método do fluxo de caixa descontado, partiram da premissa de que o faturamento da empresa, que era de R\$ 73.966.000,00 em 1998, foi alçado a notáveis R\$ 403.650.000,00 em 2003.

A contribuinte e seus consultores teceram incontáveis explicações sobre o método EBITDA, no entanto, em momento algum detalharam como se deu o notável alavancamento do faturamento de 74 para 404 milhões de reais.

Diz que parece razoável supor que a maior parte desse notável alavancamento decorreu do maciço ingresso de recursos promovido pelos investidores ao longo do tempo, destinado à aquisição e incorporação de laboratórios concorrentes; seria provável que uma parcela bem menor desse incremento tenha decorrido da profissionalização dos métodos de gestão, racionalização de pessoal, métodos e processos, aquisição de novos equipamentos.

Acrescenta que tal suposição decorre do fato de que o expressivo aumento de 446% no faturamento de 1999 a 2003 somente seria viável por meio de compra de concorrentes, posto que o próprio relatório da Booz-Allen projetou para o mesmo período, em seu gráfico de fls. 1953, crescimento de apenas 17,5% (824/701) nas receitas do mercado de diagnósticos na grande SP, principal área de atuação da DELBONI AURIEMO.

Afirma que trata-se de meras suposições da autoridade fiscal, posto que a contribuinte, em vez de esclarecer os números lançados nas planilhas, focou-se apenas em dar aulas do método EBITDA, deixando de esclarecer as premissas que utilizou para chegar aos resultados, motivo pelo qual a autoridade lançadora, entendeu que o relatório da Booz-Allen não se prestava a justificar os ágios pagos com fundamento econômico baseado na previsão de resultados futuros.

A autoridade lançadora entendeu que não era razoável justificar o pagamento de ágio na aquisição de parte da DELBONI AURIEMO em 1999, valendo-se de um relatório que projetava um aumento notável de faturamento para 2003, alavancado por grande injeção de recursos e incorporação de laboratórios concorrentes, mudando completamente a composição da empresa.

Comenta o texto do quesito 3 do parecer contratado pela contribuinte, de fls. 3815/3819, por meio do qual a contribuinte tenta mostrar falhas na argumentação da autoridade lançadora, relativa à desconsideração do ágio em função da não concretização da rentabilidade prevista nas planilhas do relatório mencionado.

O consultor procurou esclarecer que “... após um processo de incorporação fica impossibilitada a segregação exata do que é rentabilidade por conta de uma ou de outra entidade envolvida no processo ...”, ‘...e quanto mais entidades são envolvidas em processos de incorporação, mais misturadas ficam as suas rentabilidades individuais...’.

A autoridade responsável pela diligência, afirma que de fato, as palavras do consultor cabem muito bem para esclarecer porque a autoridade lançadora não poderia ter aceitado as planilhas do citado relatório, posto que a contribuinte deixou de apresentar um estudo específico para o ágio em cada transação, do qual fossem segregados os efeitos específicos dessa transação, sem a influência das incorporações posteriores.

A contribuinte e seu consultor deveriam saber que a ORIGEM, ANTUÉRPIA e a PLATYPUS adquiriram participações na DELBONI AURIEMO, pagando por ela um preço baseado em planilhas que não segregam o efeito específico de cada transação, ou seja, a explicação do quesito 3 do consultor prestou-se a evidenciar a inconsistência das planilhas do relatório no tocante a justificar o ágio com fundamento na previsão de rentabilidade futura nas transações individuais.

Prossegue com a resposta da contribuinte transcrevendo o texto da carta anexada de fls. 3796/3798. Diz que a explicação é muito esclarecedora, posto que dela se extrai a existência de ágio por razões econômicas distintas da expectativa de rentabilidade futura, fato que seria de grande valia na formação da convicção da autoridade julgadora.

A contribuinte procura explicar a proliferação de ágios por meio de um suposto acordo comercial, por meio do qual o valor da sociedade deveria contemplar um ágio de R\$ 81.615.760,80, dentro dos supostos R\$ 90 milhões que seriam o limite do valor baseado na expectativa de rentabilidade futura. Acrescenta que segundo a recorrente, para tornar-se sócia da DELBONI, a ANTUÉRPIA assumiu o encargo de pagar não apenas o ágio proporcional à participação que adquiriu, de 49%, mas também o encargo de pagar, a título de ágio, a diferença entre o montante de ágio proporcional à participação de Balu (51%) e o ágio que houvera sido pago por intermédio de ORIGEM.

A autoridade que realizou a diligência, traduz no sentido de que a contribuinte disse que a ANTUÉRPIA por força de acordo comercial, pagou ágio por 100% da DELBONI AURIEMO, mas só levou 49% da sociedade. Destaca que nada obsta que a contribuinte faça acordos com as cláusulas que julgar melhor, no entanto, não pode esquecer que, baseado na suposta expectativa de rentabilidade futura, 49% da DELBONI AURIEMO somente poderiam valer, no máximo, 49% de R\$ 90 milhões, ou seja, R\$ 44 milhões. Assim, a suposta parcela do ágio proporcional à participação da BALU (51%), que sequer estava sendo vendida, não pode ser atribuída à expectativa de rentabilidade futura da parcela de 49% que estava sendo adquirida pela ANTUÉRPIA.

A própria contribuinte esclarece em seu texto que a parcela do ágio devida pela ANTUÉRPIA pela compra de 49% da DELBONI AURIEMO, com fundamento na rentabilidade futura, deveria ser de R\$ 39.991.722,79. No entanto, na tentativa de esclarecer a proliferação dos ágios, a contribuinte inova e atribui à ANTUÉRPIA o encargo de pagar o estranho ágio de R\$ 24.091.543,21 devido por uma participação societária que não estava adquirindo.

Afirma que a própria contribuinte forneceu elementos provando que a ANTUÉRPIA pagou ágio de R\$ 24.091.543,21 por razões econômicas que nada tem a ver com a suposta expectativa de rentabilidade futura.

Observa que a contribuinte foi despreziosamente questionada porque tantos ágios, que se prestavam a adquirir em cada transação cerca de 49% da DELBONI AURIEMO totalizavam R\$ 142.439.209,45, ao mesmo tempo em que o suposto limite baseado na expectativa de rentabilidade futura era de apenas R\$ 44,1 milhões.

Diz que o objetivo era apenas entender os fatos, não necessariamente impor que a somatória dos ágios pagos em transações independentes devesse somar o valor de R\$ 44,1 milhões. De fato, por exemplo, a transação envolvendo a LAVOISIER nada tem a ver com esse montante, posto que o ágio foi pago para adquirir uma participação nessa empresa e não na DELBONI AURIEMO.

No entanto, as demais transações, direta ou indiretamente, envolveram o mesmo grupo de investidores que encomendou o estudo da Booz-Allen, de modo que, se houvesse coerência, salvo melhor juízo, o ágio pago total pelos investidores para adquirir 49% da DELBONI AURIEMO não deveria exceder a R\$ 44,1 milhões na soma das transações, ainda que levadas a efeito em datas distintas.

A transação relativa à ORIGEM, na qual foi pago ágio de R\$ 17.532.494,80, foi financiada pelos investidores por meio do empréstimo de R\$ 20 milhões da ANTUÉRPIA, utilizado mais tarde para compor o pagamento do ágio de R\$ 64.083.266,00, condição assumida pela ANTUÉRPIA para adquirir 49% da DELBONI AURIEMO. Observa-se que os investidores desembolsaram R\$ 64.083.266,00 por uma participação que supostamente deveria valer apenas R\$ 44,1 milhões, caso fosse efetivamente baseada na suposta expectativa de rentabilidade futura.

Não bastasse isso, o mesmo grupo de investidores, na transação que envolveu a PLATYPUS, objeto da autuação do processo 10882.002482/2006-10, desembolsa mais R\$ 50.022.996,35 de ágio para adquirir participação equivalente na DELBONI AURIEMO, amparado no mesmo manto, o relatório da Booz-Allen, totalizando assim, R\$ 114.106.262,35, por uma participação que era avaliada em R\$ 44,1 milhões.

Por fim, a exemplo do que ocorreu no curso do procedimento fiscal, resta caracterizada a falta de consistência na documentação apresentada pela contribuinte para justificar o ágio com fundamento econômico na previsão de resultados futuros.

DA MANIFESTAÇÃO DA RECORRENTE (infração nº. 10)

Argumenta a interessada que a maioria das ponderações da autoridade fiscal não podem ser conhecidas porque se assim fosse, restaria caracterizada a revisão do lançamento, o que não se admite em virtude do transcurso do prazo decadencial.

Aborda os itens que devem ser desconsiderados ante a ilegal revisão do lançamento.

Inicialmente elabora quadro que relaciona os quesitos do Termo de Intimação da diligência (TI), a correspondência com a Resolução e se há alguma discrepância entre o

Relatório Fiscal (TRF) elaborado como resultado da diligência e o Auto de Infração, que passamos a simbolizar simplesmente, como discrepâncias.

Os quesitos 1, 3 e 4 teriam relação com o quesito “a” da Resolução e cita tr^s discrepâncias entre o TRF e o auto de infração. O quesito 2 do TI teria correspondência com o quesito “b” da resolução e não haveria discrepâncias.

Os quesitos 5, 7 e 9 e os quesitos 6, 8, 10 não possuiriam relação com a Resolução e existiria discrepâncias.

Em relação ao quesito 11, não haveria relação com a Resolução e não haveria discrepâncias.

Argumenta que a leitura atenta do auto de infração permite concluir que a autoridade fiscal entendeu ser cabível a glosa dos encargos de amortização apropriados pela recorrente em virtude de que seria, a seu ver, “outras razões econômicas”, o verdadeiro fundamento para o pagamento dos ágios examinados. Esse seria um fundamento econômico residual e foi invocado pela autoridade fiscal porque o seu entendimento original foi o de que os ágios pagos não teriam lastro em “expectativa de rentabilidade futura”, mas em outro motivo econômico não identificado.

Por meio do Relatório Fiscal, a autoridade fiscal estaria mudando o seu entendimento, pois, afirma que as sociedades investidas seriam titulares de riqueza não-escriturada correspondente a “mais valia de ativos”, “fundo de comércio” e “intangíveis” e que essa riqueza seria atribuída pelo mercado, e que, no caso das sociedades investidas, ela existiria de fato (embora isso não tenha sido provado), não poderia ser desconsiderada, e teria sido o fundamento econômico dos ágios pagos.

Acrescenta que a reclassificação do fundamento econômico dos ágios deveu-se à infundada alegação de que os resultados previstos não teriam se materializado, e postula-se que as sociedades investidoras não teriam “liberdade” para escolher o fundamento econômico dos ágios, haja vista que as sociedades investidas seriam titulares de valores atinentes a “mais valia de ativos”, “intangíveis” e “fundo de comércio” e tais valores obrigatoriamente haveriam de ser imputados aos ágios pagos. Assim, não apenas a conclusão (suposto fundamento econômico verdadeiro dos ágios) como também as premissas (o porquê das reclassificações) estão sendo pretensamente alteradas por meio do TRF.

Por fim, especificamente no que se relaciona ao ágio pago por CANTALON, que outra inovação está sendo proposta, que seria a ausência de apresentação, pela recorrente dos demonstrativos de ágio.

Afirma que durante a ação fiscal não houve intimações específicas nesse sentido, e o mais importante, o auto de infração não menciona essa ausência de apresentação com um dos motivos de constituição do crédito tributário.

Argumenta que devem ser desconsideradas todas as ponderações da autoridade fiscal que não guardam correspondência com os quesitos discriminados na resolução, pois o contrário acarretaria a ilegal revisão do auto de infração; bem como, tais ponderações não apenas extrapolariam o escopo da diligência, como também representariam claras tentativas de aprimoramento da motivação do auto de infração.

O ágio pago por CANTALON na aquisição do investimento em LAVOISIER – quesitos 1 a 3 da intimação:

Aduz que os questionamentos 1 a 3 do Termo de Intimação são os únicos que apresentam co-relação com os determinados pela Resolução. Relacionam-se ao ágio de R\$ 33.561.837,28 escriturado por Cantalon quando da aquisição, por esta, de participação acionária na sociedade LAVOISIER. Destaca os seguintes pontos:

a) fundamento econômico do ágio: Em resposta ao quesito 1, a recorrente esclareceu, que o ágio pago por CANTALON quanto ao investimento em LAVOISIER possuía como fundamento econômico a expectativa de rentabilidade futura desta última, aferida com base em previsão de resultados em exercícios futuros, nos termos do art. 20, § 2º, “b”, do DL 1.598/77;

b) Falta de intimação para apresentação dos demonstrativos de escrituração do ágio: A autoridade fiscal insiste em interpretar erroneamente a informação fornecida pela recorrente na correspondência de fls. 2149. Como jamais houve intimação específica para a apresentação dos demonstrativos atinentes ao registro do ágio pago por CANTALON, a recorrente tão somente informou que tal ágio houvera sido calculado com base nos mesmos elementos considerados para o cômputo dos ágios pagos por ORIGEM e ANTUÉRPIA, com relação a Laboratório Clínico Delboni Auriemo S/C Ltda (Delboni, antiga denominação social da recorrente), ou seja, a expectativa de rentabilidade futura. Contrariamente ao sustentado pela autoridade fiscal, a recorrente não sinalizara que os demonstrativos do ágio pago por CANTALON seriam os mesmos relacionados aos ágios pagos por ORIGEM e ANTUÉRPIA; contudo, afirmara que tais demonstrativos, cuja apresentação apenas viera a ser requerida na diligência, foram elaborados segundo os mesmos elementos ou parâmetros metodológicos que aqueles outros. Ressalta que não houve qualquer intimação anterior à diligência para que a recorrente apresentasse os demonstrativos relativos a LAVOISIER; ademais, o próprio auto de infração não invocou a ausência da apresentação desses demonstrativos como motivo para a glosa do ágio.

c) validade dos demonstrativos apresentados pela recorrente: Como prova da escrituração do ágio pago por CANTALON, a recorrente apresentou no curso da diligência, os seguintes documentos: (i) estudo “*Lating Healthcare Fund. L.P*” de julho de 1999, elaborado por James Carson, respeitado consultor e analista financeiro com formação acadêmica destacada, e renome internacional, o qual apresenta análise panorâmica do potencial de desenvolvimento e crescimento do mercado de análises clínicas, com foco no potencial de desenvolvimento e crescimento dos negócios explorados por LAVOISIER (doc. 3 da resposta), e (ii) planilhas “*Income Statements*”, elaboradas com base no consagrado método EBITDA, as quais apontam (linha *Discounted Cash Flow*) o montante atinente ao potencial futuro de geração de resultados por LAVOISIER (doc. 4 da resposta). Na tentativa de desqualificar esses documentos, afirmou a autoridade fiscal no Relatório de diligência, que eles não haveriam de ser admitidos por estarem em língua estrangeira, mas, tendo a autoridade fiscal se mostrado capaz de ler e compreender perfeitamente documentos preparados nessa língua, restaria superada qualquer alegação de invalidade desses demonstrativos. Ainda assim, traz aos autos traduções juramentadas desses demonstrativos (doc. 2);

d) amortização contábil do ágio em CANTALON: Sobre os fatores que teriam levado CANTALON a amortizar o ágio pago com relação a LAVOISIER, no período compreendido entre 11/99 a 08/2000, argüi que comprovou que tal amortização teria

apresentado tão somente natureza contábil, acarretando a posterior adição na parte A do LALUR de CANTALON (doc. 5 da resposta). Apesar da explicação, a autoridade fiscal afirmou que essa adição no LALUR, do ágio amortizado contabilmente, teria ocorrido “provavelmente pelo fato de que tal amortização seria indiferente para CANTALON, por não apresentar resultado operacional tributável, posto que esta empresa não existiu de fato, prestando-se somente à manobra jurídica que transportou o ágio na aquisição da LAVOISIER por DELBONI AURIEMO. Explica que essa alegação não se sustenta, pois, (i) a adição das contrapartidas de amortização de ágio na parte A do LALUR era obrigatória, pois não houvera ocorrido qualquer incorporação até aquele momento, (ii) não basta alegar, deve-se provar e não haveria provas nos autos de que CANTALON não teria existido, (iii) inexistiu qualquer manobra jurídica, pois, se a recorrente quisesse ter adquirido, ela própria, a participação societária em LAVOISIER, isso não enfrentaria qualquer vedação, bem como, a participação de CANTALON no processo de aquisições capitaneado pela recorrente visou atender objetivos gerenciais e societários.

Conclui que não procedem as objeções levantadas pela autoridade fiscal no que tange à amortização, pela recorrente, do ágio relativo à LAVOISIER.

Aborda a falácia do valor de mercado dos ativos, intangíveis e fundo de comércio – quesitos 1, 3 e 5 a 10 da intimação:

Diz ser uma inovação a autoridade fiscal pretender inserir, por meio de seu Relatório de diligência, no rol de motivos do auto de infração, a idéia de que o ágio somente poderia ter por fundamento na expectativa de rentabilidade futura, conquanto que não pudesse ser relacionado à mais valia de ativos ou ao valor não-escriturado atinente a bens intangíveis ou fundo de comércio. Seria uma evidente tentativa de modificação dos critérios jurídicos do lançamento tributário, a qual, consoante se enfatizou, não pode ser admitida nessa fase processual.

Relembra que em resposta aos quesitos 5 a 10 da intimação, a recorrente esclareceu que inexistem quaisquer documentos contendo a avaliação do valor de mercado dos ativos escriturados por DELBONI ou LAVOISIER, dos intangíveis e fundo de comércio destas sociedades, com relação à época em que foram adquiridas participações societárias por ORIGEM, ANTUÉRPIA ou CANTALON, respectivamente.

Alega que inexistia à época qualquer disposição legal qualquer disposição que tornasse obrigatória a avaliação dos ativos escriturados, dos intangíveis ou do fundo de comércio a valor de mercado, não estando obrigada a realizar tais avaliações, razão pela qual a tese da autoridade fiscal não teria fundamento. Ressalta que o art. 20 do DL 1598/77 estabelece que o ágio ou deságio na aquisição de investimento deve apresentar um fundamento econômico, mas que, o legislador não exigiu um fundamento econômico preferível a outro, ou de criar uma ordem de preferência entre eles.

Destaca que uma situação dessa natureza pode ser vislumbrada na atualidade, em especial, após a edição da Lei 11.638/08, que promoveu diversas alterações no estatuto contábil preconizado pela Lei 6.404/76, mas tais alterações, não podem atingir fatos ocorridos anteriormente, e mesmo que pudessem, não é certo que delas decorreriam efeitos tributários, pois a legislação tributária caminhou separadamente da legislação contábil acerca da temática do “ágio”. Mesmo que não fosse reconhecida a separação legislativa existente entre aspectos contábeis e fiscais da amortização do ágio, ainda assim não poderiam ser extraídos efeitos fiscais a partir das inovações trazidas pela Lei 11.638/08, pois aquelas, no dizer da Lei

11.941/09, devem apresentar neutralidade fiscal, o que, em um primeiro momento, será assegurado pela adoção do chamado “Regime Tributário de Transição”, instituído pela mesma lei.

Também motivos de fato impedem o sucesso desse empreendimento argumentativo, pois, não há nos autos qualquer prova a respeito de qual seria o valor de mercado dos ativos escriturados das sociedades investidas, de seus intangíveis ou fundo de comércio. Sem essa prova, cujo ônus incumbiria à autoridade fiscal, tornar-se-ia impossível a manutenção da glosa dos ágios amortizados pela recorrente sob a alegação de que eles corresponderiam a outros fundamentos econômicos, que não a expectativa de rentabilidade futura das sociedades investidas.

Faz a seguinte indagação: Como poderia a autoridade fiscal pretender que fossem glosadas as amortizações de ágio apropriadas pela recorrente, a partir de uma requalificação dos seus fundamentos econômicos, se não existem quaisquer elementos que indiquem, segundo a própria lógica defendida no Relatório de diligência, o quanto de ágio haveria de ser imputado, para o fundamento econômico, por exemplo, “fundo de comércio”?

Conclui que a autoridade fiscal está sugerindo uma substancial mudança na motivação do lançamento tributário, enquanto originalmente, afirmava-se que o fundamento econômico dos ágios seria “outras razões econômicas”, porquanto os resultados previstos não teriam se concretizado, agora defende que o fundamento econômico dos ágios necessitaria ser requalificado para “mais valia dos ativos”, “fundo de comércio” e “intangíveis”, com a engenhosa interpretação de que o contribuinte não teria liberdade para escolher o fundamento econômico sob o qual dar-se-ia o pagamento do ágio, uma vez que a mais valia dos ativos, o fundo de comércio e os intangíveis seriam grandezas ditadas pelo mercado, e portanto, conhecidas no momento da efetivação do investimento.

Ressalta que embora ditados pelo mercado, os valores correspondentes àqueles fundamentos econômicos devem, em algum momento, ser mensurados, para fins de pagamento de ágio e ademais, as sociedades investidoras não estavam obrigadas, por qualquer disposição legal, a realizar essa mensuração, entretanto, a autoridade fiscal não produziu tais provas, sendo impraticável a requalificação proposta por meio do Relatório de diligência.

Aduz que essa situação também derruba a argumentação fiscal no sentido de que o ágio por expectativa de rentabilidade futura haveria de relacionar-se com uma riqueza excedente àquela já conhecida no momento da realização do investimento (aí se incluindo o fundo de comércio, os intangíveis e a mais valia dos ativos). Sem se saber ao certo, com base em provas contundentes, se existia uma tal riqueza atual, e o quanto ela representaria em termos monetários, impossível seria a aplicação da desqualificação proposta pela autoridade fiscal.

Aborda a inexistência de uma “proliferação descontrolada de ágios” – quesito 11 do Relatório de diligência:

No quesito 11, a autoridade fiscal utilizou uma suposta “proliferação descontrolada de ágios” para tumultuar a diligência e extrapolar seu escopo. Solicitou à recorrente que apresentasse um quadro com todas as aquisições de ágio ocorridas entre 1999 e 2003, sendo que, foi fornecido um quadro contendo as operações que se encontram sob debate no presente processo administrativo, ao que a autoridade fiscal replicou, por meio do Relatório de diligência que a recorrente não teria atendido plenamente a esse quesito “sob o evidente

pretexto, contido nas entrelinhas, de que não constitui objeto do presente processo administrativo”.

Argumenta que explicitamente apenas alegou ser ilegal o exame de matérias estranhas ao presente processo e que a autoridade fiscal não tem o direito de abusar do expediente da diligência.

Afirma que inexistiu qualquer “proliferação descontrolada” de ágios. A partir de 1999, a recorrente passou por intenso processo de expansão, o qual viria a culminar com a abertura de seu capital ao mercado, no ano de 2004, e que esse processo embora intenso, foi objeto de severo planejamento, calcado na adoção de ferramentas gerenciais e mecanismos de controle com ela condizentes.

Aborda o quesito 11, “c”, da intimação: a equivocada interpretação dada pela autoridade fiscal:

A autoridade fiscal intimou a recorrente a esclarecer por que na transação da ORIGEM a metade da DELBONI AURIEMO vale R\$ 17.532.494,80, enquanto na transação da ANTUÉRPIA a mesma metade vale R\$ 64.083.446,00, levando em conta que as datas e os agentes envolvidos direta ou indiretamente são os mesmos.

A recorrente esclareceu que a diferença de valores apontada decorreria do modo como ocorreram as negociações travadas entre os antigos proprietários de Delboni e os novos investidores.

Como relatam a impugnação e o recurso voluntário, ORIGEM adquiriu 51% das cotas de Delboni. Dessa participação societária, 1% era anteriormente detido pelo Dr. Caio Roberto Chimenti Auriemo, e 50% pertenciam ao Dr. Humberto Delboni Filho.

Já ANTUÉRPIA integralizou ações de Delboni (que se transformara em sociedade anônima) correspondentes a 49% do capital social daquela sociedade. Tais ações foram emitidas em razão de aumento de capital deliberado pelos sócios de Delboni.

Haja vista que os valores patrimoniais das ações negociadas não geraram diferença relevante, a diferença entre os montantes das transações decorre dos ágios que foram pagos pelas investidoras.

Destaca o fato de que não há, na legislação, qualquer comando que determine o quanto de ágio deve ser pago por um investidor. Desde que o ágio pago conte com um dos fundamentos econômicos previstos no § 2º do art. 20 do DL 1.598/77 (expectativa de rentabilidade futura), ele pode ser pago de acordo com as condições negociais que forem livremente estipuladas entre as partes.

Assim, ORIGEM, por ter adquirido as cotas de Delboni que eram detidas por uma pessoa física, foi capaz e, no curso das negociações com o vendedor (Dr. Humberto Delboni Filho), acertar para a transação um preço que contemplava um ágio menor (R\$ 17.532.494,80). Esse valor foi diretamente para o bolso do Dr. Humberto Delboni Filho, e foi o preço por ele cobrado para deixar a sociedade naquele momento.

Já a ANTUÉRPIA, realizou a integralização de aumento de capital de Delboni, o qual teve, como consequência direta, a diluição do controle exercido pelos demais

sócios da empresa. Tal aumento de capital somente foi possível com a anuência do sócio BALU, que se tornara sócio majoritário, em razão da incorporação de ORIGEM por Delboni. Anteriormente a essa integralização, ANTUÉRPIA não integrava os quadros sociais de Delboni.

Para que a ANTUÉRPIA pudesse ingressar na sociedade, condição imposta pelo sócio majoritário foi a de que o aporte de capital realizado seguisse o valor de mercado da participação que seria adquirida. Esse valor de mercado seria definido em virtude da expectativa de rentabilidade futura da sociedade. As negociações que envolveram a entrada da ANTUÉRPIA no quadro social de Delboni conduziram a um acordo comercial, de acordo com o qual o valor de mercado da sociedade deveria contemplar um ágio total de R\$ 81.615.760,80.

Esse valor foi o resultado das negociações desenvolvidas, em que ANTUÉRPIA, por seu lado, buscava pagar o menor preço pelo ingresso na sociedade investida, e BALU, por outro lado, esperava o maior valor possível. Como o limite a ser pago pelo comprador a título de ágio, de acordo com as previsões de expectativa de rentabilidade futura, remontava a R\$ 90 milhões, chegou-se a um valor dentro desses limites, tido pelas partes como viável para a operação.

O pagamento do ágio realizado por ANTUÉRPIA, no montante em que se deu, foi uma condição necessária para que aquela pudesse ter se tornado sócia de Delboni, pois ANTUÉRPIA, assumiu, ao cabo das negociações, o encargo de pagar não apenas o ágio proporcional à participação adquirida (49%), mas também, assumiu o encargo de pagar a título de ágio, a diferença entre o montante de ágio proporcional à participação de BALU (51%) e o ágio que houvera sido pago por intermédio de ORIGEM (cujo sócio controlador indireto era o mesmo que figurava como sócio controlador direto de BALU, o Dr. Caio Roberto Auriemo).

Aos 49% do ágio total de R\$ 81.615.760,80 (parte proporcional à participação que seria adquirida por ANTUÉRPIA), correspondia a quantia de R\$ 39.991.722,79. Já aos remanescentes 51% do ágio total (parte proporcional à participação de Balu), correspondia à quantia de R\$ 41.624.038,01, da qual R\$ 17.532.494,80 já houvera sido pago por ORIGEM. Assim, restava uma diferença de R\$ 24.091.543,21. Quando se soma (a) essa diferença e (b) a parte proporcional da participação adquirida por ANTUÉRPIA (=R\$ 39.991.722,79 + R\$ 24.091.543,21), chega-se ao valor do ágio efetivamente pago com base na rentabilidade futura de Delboni.

Aduz que em última instância percebe-se que as partes mantiveram o equilíbrio entre o ágio pago e as participações societárias detidas por cada uma delas. Apenas, por razões negociais, BALU atribuiu a ANTUÉRPIA o encargo relativo à parcela do ágio que lhe caberia; encargo esse que foi parcial, já que uma parte dessa parcela houvera sido paga, anteriormente, por intermédio de ORIGEM.

Diz que parece não ter ficado claro para a autoridade fiscal que existe uma diferença clara entre fundamento econômico do ágio e desembolsos para pagamento do ágio. As razões negociais influenciaram os desembolsos para pagamento do ágio, mas esse fluxo de desembolso possui natureza de direito privado e não tem relação com o fundamento econômico do ágio pago.

Em síntese argumenta que o fundamento do ágio é a expectativa de rentabilidade futura (planilhas EBITDA, relatório Booz Allen, etc) e que o dinheiro para pagar

aquele ágio veio da ORIGEM e ANTUÉRPIA, de acordo com o que fora pactuado com os vendedores.

Pede o provimento ao recurso voluntário e protesta pela posterior produção de provas, caso seja necessário.

Junto com a manifestação foi apresentado, Relatório do Projeto LHF BRASIL, elaborado por James Carson e traduzido por Maria Cláudia Santos Ribeiro Ratto, tradutora pública.

Recurso (infração nº 10): Da amortização do ágio e seus reflexos na CSLL.

Argumenta que não existe base legal que imponha qualquer vedação para fins de apuração da CSLL. Discorda da autoridade julgadora que sustentou que a vedação da dedutibilidade estaria fundamentada no art. 75 da IN 390/2004, pois não encontra respaldo legal e em respeito ao princípio da legalidade não pode implicar na exigência da contribuição e que também não há norma que estenda à contribuição as disposições relativas ao IR. Cita o acórdão 107-07315 de 09.09.2003 (trata da adição à base de cálculo da CSLL do valor da amortização do ágio na aquisição de investimentos avaliados pela equivalência patrimonial).

Ainda que se entenda pela validade da IN relativamente à CSLL, tem-se que o citado art. 75 traz disposição, que a exemplo do inciso III do art. 386 do RIR/99, autoriza a amortização do ágio pago na hipótese de incorporação da sociedade investida. Nesse caso, o ágio pago seria amortizável à razão, de um sessenta avos por mês, aplicando-se reflexamente todos os argumentos anteriormente expostos.

Recurso: Nulidade do MPF para os lançamentos relativos aos anos de 2000 a 2003.

Acrescenta que apesar do MPF, relativo ao caso tenha sido emitido em relação ao ano de 1999, a autoridade fiscal lavrou o auto de infração também em relação aos anos de 2000 a 2003 de maneira reflexa à infração ora combatida. Afirmar que tal atitude desrespeita as determinações do art. 10, parágrafo 2º da Portaria nº 3007/2001, conforme demonstrará quando da análise da infração do item 12.

A partir daqui relataremos as infrações na ordem em que apresentadas no auto de infração.

Infração nº 01 – glosa de despesas – serviços de terceiros diversos – TC de 30.07.2003

Autuação

Conforme consta no Termo de Constatação de fls. 13/15 a fiscalizada foi intimada a apresentar documentos relativos aos lançamentos efetuados na conta 412.218 (serviços de terceiros diversos), tendo sido apuradas as seguintes irregularidades:

a) despesas não comprovadas e/ou lançamento em duplicidade nos meses de janeiro, março e abril, no valor total de R\$ 115.302,94, conforme relação de fls. 22/24;

b) Despesas que se caracterizam ora como benfeitorias nos imóveis locados, que deveriam ter sido amortizadas ao longo dos períodos abrangidos pelos respectivos contratos, onerando indevidamente o resultado de um único exercício, ora como liberalidade ou cuja comprovação da efetiva prestação do serviço envolvido foi insuficiente, conforme relação de fls. 16/21, que totaliza o valor de R\$ 762.484,14.

Como enquadramento legal citou o art. 299 do RIR e §§ 1º e 2º e o Parecer Normativo 58/77.

Turma Julgadora

A Turma Julgadora argumentou que para serem dedutíveis as despesas, além de serem respaldadas em documentação hábil para comprová-las, devem preencher os requisitos de necessidade, normalidade e usualidade e, para tanto, devem ser acompanhadas de documentação individualizada (relatórios, prospectos, atas de reunião, entre outros) comprovando que sua realização é necessária para as atividades da empresa. E que cabe à contribuinte apresentar provas hábeis a legitimar seus lançamentos contábeis, entre os quais os dispêndios deduzidos na apuração de seu resultado.

Do voto condutor do acórdão da Turma Julgadora, transcrevo do item 10.1 ao 10.12:

10.1. Quanto ao subitem 1 - despesas glosadas por não terem sido encontrados os documentos correspondentes ou por terem sido lançadas em duplicidade, alega a impugnante estar apresentando, por amostragem, documentos (de n.ºs 18 a 25) que comprovam o lançamento contábil.

10.2. Analisando a tabela de fls. 2.290, integrante da peça de defesa, e os documentos apresentados às fls. 2.781/2.819, constata-se:

10.2.1. Doc. 18: cópia de nota fiscal fatura nº 33838, emitida em 15/02/99 por Trans-Lix, relativa a remoção/transp. lixo industrial e taxa de aterro do período de 01/02/99 a 15/02/99 (fls. 2.785), portanto não pode ser acatada para justificar o lançamento da despesa em janeiro no valor de R\$ 441,72.

10.2.2. Doc. 19 e 20: cópia de nota fiscal nº 1149 (fls. 2.790 e 2.795), emitida em 17/03/99 por R'S Express Comércio e Serviço Ltda. – me, no valor total de R\$ 556,25 por “prestação de serviço conforme relatório anexo”, relatório esse que não acompanha os documentos de nº 19 e 20, não sendo possível vincular tal despesa àquela registrada nos valores de R\$ 80,00 e R\$ 21,00.

10.2.3. Doc. 21: cópia de recibo (boleto bancário, fls. 2.798) e nota de débito nº 19546 emitida por KPMG Auditores Independentes, no valor de R\$ 1.018,37 (fls. 2.799), acompanhada de cópia de carta de remessa (fls. 2.800) informando tratar-se de “serviços prestados por nossos profissionais no período de outubro de 1998 a abril de 1999” em decorrência “principalmente de locomoção da equipe nas visitas realizadas nas unidades principalmente na realização dos

trabalhos na unidade de Alphaville.” Tais documentos, no entanto, não são suficientes a justificar a dedutibilidade da despesa, pois, além de se tratar de cópia simples da documentação, não foi acompanhada de provas da necessidade, usualidade e normalidade do referido gasto na atividade da empresa fiscalizada.

10.2.4. O mesmo se diga dos documentos 22 a 25 (fls. 2.801/2.819): dois recibos de pagamento no valor de R\$ 14.775,00 e um no valor de R\$ 13.790,00, com respectivas notas de débitos/fatura, contendo descrição de “serviços profissionais prestados” e/ou “exame de demonstração financeira”, apresentados para justificar lançamentos do valor líquido e de IRRF. Apenas os documentos 24 e 25 contêm cópia de correspondência (fls. 2.813 e 2.818) fazendo alusão a relatórios, os quais, no entanto, não foram apresentados. Não há, portanto, como aferir a efetividade da prestação dos serviços e sua necessidade, usualidade e normalidade para a atividade da fiscalizada.

10.3. Assim, não há como acatar como suficientes os documentos apresentados, inviabilizando a dedutibilidade dos dispêndios, tanto dos valores atribuídos a serviços prestados como daqueles atribuídos a tributos incidentes nas operações. Também não se justifica o pedido de diligência, pois se trata de prova documental que deveria ser apresentada pela contribuinte. Prescindível a realização de diligência para suprir omissão da interessada na apresentação de prova.

10.4. Quanto ao subitem 2 dessa infração 01, alega a impugnante que a fiscalização teria considerado indevidamente que as despesas deveriam ser ativadas. Contudo, pela documentação juntada pela fiscalização às fls. 36/295, verifica-se que os gastos referem-se a serviços de instalação elétrica, de mão-de-obra, de medição e instalação de vidros, de marcenaria, retirada de entulho e transporte de materiais, montagem de estrutura tubular, pisos, instalação de ar condicionado, divisórias, assessoria em instalações elétricas, instalação de conectores, pintura, revestimento, colocação de poste, administração de obra, manutenção de poço, locação de caçamba e de engenharia consultiva. Esses dispêndios denotam a execução de obras, ou melhorias em imóveis, que, pela sua natureza, tem vida útil superior a um ano, devendo portanto ser ativados.

10.5. A respeito da questão, assim se manifestou o Conselho de Contribuintes nos acórdão cujas ementas enunciam:

“MELHORAMENTOS EM IMÓVEIS – Os melhoramentos cuja vida útil ultrapasse um período-base devem ser ativados, ainda que introduzidos em imóveis de terceiros (Ac. 1º CC 105-3.944/89 – DO 14/09/90)

“BENS E VALORES ATIVÁVEIS – DESPESAS GLOSADAS – As aplicações, bem como gastos com aquisição de bens e serviços que, por sua natureza, destinação e tempo de vida útil

superior a um ano, devem ser imobilizados, não podendo ser deduzidos como despesas operacionais, no próprio ano de aquisição.” (Ac. 105-12.695 – sessão de 27/01/1999)

10.6. Tratando-se de benfeitorias em imóveis de terceiros, conforme descrito pela fiscalização (fato não contestado pela impugnante), inadmissível é a sua dedução imediata no período em que os gastos são realizados. Por se tratar de dispêndio que influirá na formação do resultado de mais de um exercício, necessário se faz que seu valor seja diluído nos períodos em que as receitas, decorrentes do uso do imóvel, forem sendo auferidas.

10.7. Alega a impugnante que não poderia deixar de ser computada a amortização dessas despesas desde que incorridas até a data da lavratura do auto. Destaque-se, porém, que diferentes são os procedimentos para o reconhecimento de tal despesa, conforme a locação seja por prazo determinado ou indeterminado, e exista ou não direito à indenização. Inexistindo previsão de indenização e se a locação é estabelecida por prazo determinado, os gastos em tais condições devem ser amortizados na proporção do prazo do contrato (Parecer Normativo CST nº 869/71). Se o contrato tiver prazo indeterminado, o registro como despesa se faz a título de depreciação (Parecer Normativo CST 104/75). Tudo isso se a locação não tiver sido estabelecida com pessoa ligada.

10.8. No presente caso, no entanto, a impugnante não apresentou os contratos de locação dos imóveis. Por outro lado, alguns dos documentos de fls. 36/296 identificam como local de realização das benfeitorias Rua Cardoso de Mello, Rua Juruá, Alphaville/Barueri e Av. Brasil, locais em que se situam os imóveis originalmente locados por Caio Roberto Chimenti Auriemo, cujos direitos e obrigações da locação foram cedidos a Terra Molhada Participações Ltda. como mencionado no item 09 do Auto de Infração. Também alguns dos documentos juntados pela impugnante sob nºs 26 a 37 contêm referências às Ruas mencionadas. Assim, em caso de as benfeitorias terem sido realizadas nos mesmos imóveis sobre os quais têm interesse o sócio da fiscalizada Caio Roberto Chimentti Auriemo, não haveria direito à amortização pelos motivos já expostos na apreciação da infração 09 e, em caso contrário, em se tratando de outros imóveis de terceiros, a impugnante não apresentou contratos respectivos que permitissem avaliar a possibilidade de amortização ou de depreciação.

10.9. Pertinente observar que a maioria das locações, embora inicialmente tenham prazo fixado, são prorrogadas por prazo indeterminado se o locatário não manifestar seu desinteresse. E nessas circunstâncias, as benfeitorias estariam sujeitas a depreciação, a partir da colocação do bem em uso. Ademais, em relação à depreciação não contabilizada, é importante reiterar que esse benefício pressupõe o exercício de uma opção, por meio de procedimentos contábeis e do cumprimento de obrigações fiscais, a serem efetuados pelo contribuinte, em épocas e com obediência de formalidades próprias, não cabendo no curso do

procedimento fiscal o seu reconhecimento, para assim reduzir a exigência regularmente formalizada, como já mencionado nos itens 7.8 a 7.10.

10.10. Alega, ainda, a impugnante que a despesa incorrida com o Sr. Edgar Vaz Oliveira, refere-se a prestação de serviço de arquitetura, que a fiscalização, sem provas, teria considerado liberalidade. Referidas despesas são representadas por 05 (cinco) recibos de pagamento a autônomo, de fls. 53, 149, 184, 260 e 282, com indicação de tratar-se de serviços de arquitetura, todos no valor de R\$ 4.508,00. Se tais dispêndios foram efetuados em benefício dos imóveis locados de terceiros, integrariam os custos das benfeitorias realizadas e, como já apreciado acima, deveriam ser ativados. Contudo, a impugnante sequer comprovou que os dispêndios foram efetuados em benefício de sua atividade. Desse modo, quer por ter sido realizada por liberalidade, quer por integrar as benfeitorias nos imóveis, os gastos em questão não poderiam ser diretamente imputados na apuração do lucro real e base e cálculo da CSLL.

10.11. Ademais, outros gastos integrantes desse item da autuação, a exemplo de serviços de fisioterapia (fls. 93), filme e revelações fotográficas (fls. 111/112), aulas de inglês (fls. 117), serviços de maquiagem (fls. 114), pela descrição constante dos documentos que os representam, denotam terem sido realizados por liberalidade, pois não se vislumbra relação com as atividades da empresa.

10.12. Deve, portanto, ser mantido esse item da autuação.

Recurso

A recorrente reproduz tabela por meio da qual, em conjunto com os documentos acostados aos autos, afirma que constatou, por amostragem, a existência de documentação apta a suportar os lançamentos contábeis efetuados na mencionada conta (412.218).

Quanto aos supostos lançamentos feitos em duplicidade, entende que equivocou-se a autoridade fiscal, porque as notas fiscais lançadas nessa conta apresentam divisões relativas aos serviços prestados, bem como aos tributos incidentes sobre as operações (IR ou ISS) e que a respeito dessa assertiva deixou de se pronunciar a douta autoridade julgadora. Quando do rateio das notas fiscais entre os diversos centros de custos, lançou na referida conta todos os valores dos serviços e os valores dos impostos. Afirma que tal fato pode ser constatado por meio da análise das notas fiscais enumeradas na tabela acima, restando, portanto, inválida a acusação da autoridade fiscal quanto à existência em duplicidade. Reitera o pedido para que seja realizada diligência junto à contabilidade da recorrente para a comprovação do restante dos lançamentos efetuados na mencionada conta.

Aborda as despesas caracterizadas como benfeitorias nos imóveis ou como liberalidade:

“Em relação a supostas despesas com benfeitorias nos imóveis, existem algumas que supostamente representariam benfeitorias nos imóveis locados, mas, que algumas

despesas não deveriam ser lançadas como ativo e amortizadas, mas, que a fiscalização, optou pelo caminho mais fácil, porque glosou as despesas e inverteu o ônus da prova. Por outro lado, conforme demonstrará, com relação às despesas que deveriam ser ativadas e posteriormente amortizadas, a autoridade fiscal não poderia deixar de computar de ofício a amortização dessas despesas desde a data em que foram incorridas até a lavratura do presente auto de infração, tendo em vista a ocorrência de mera postergação do pagamento do imposto pela suposta antecipação das despesas.

Dentre as despesas glosadas, a incorrida com o Sr. Edgar Oliveira em dezembro de 1999 supostamente representaria despesa caracterizada como liberalidade, a recorrente diz desconhecer a origem de tal constatação, em razão de se tratar de despesa em contrapartida à prestação de serviços de arquitetura prestados por esse senhor. Acrescenta que tais despesas são necessárias, já que todos os seus mais de 140 estabelecimentos, por prestarem atendimento a grande público, devem estar em perfeito acordo com as normas e exigências da vigilância sanitária e também com o Código de Obras do Município, sendo tanto obrigatório o acompanhamento de um profissional devidamente habilitado que assume a responsabilidade técnica do projeto.

Anexa documentos que comprovariam os pagamentos efetuados, não só quanto aos pagamentos relativos a benfeitorias e ao Sr. Edgar, mas também quanto a todos os pagamentos relacionados pela autoridade fiscal relativos aos meses de janeiro a dezembro de 1999 (docs. 26 a 37 da impugnação)

Afirma que compete à administração pública provar suas pretensões, a menos que esteja amparada em presunção legal, o que não ocorre no presente caso.

Ainda que se considerasse que as despesas deveriam ser ativadas, e posteriormente, depreciadas ou amortizadas, jamais poderia deixar a autoridade fiscal de computar de ofício a amortização desde a data em que foram incorridas até a lavratura do auto, haja vista a ocorrência de mera postergação no pagamento do imposto pela suposta antecipação das despesas.

Que a autoridade julgadora, no entanto, sustentou a impossibilidade de se computar a amortização destas despesas sob o argumento de que diferentes são os procedimentos para o reconhecimento de tal despesa, conforme a locação seja por prazo determinado ou indeterminado, e exista ou não direito à indenização e que a impugnante não apresentou os contratos de locação dos imóveis.

Mais adiante, a autoridade julgadora reconhece tratar-se dos mesmos imóveis objeto do item 9 do auto de infração. Em relação àquela infração, se a essa autoridade tivesse analisado com atenção as razões da então impugnante e a documentação trazida por oportunidade da apresentação da impugnação (docs. 11 a 17 da impugnação), teria notado que todos os contratos de locação em tela têm prazo determinado de 5 anos e possuem previsão expressa de que as benfeitorias realizadas não são indenizáveis, como se percebe, por exemplo, a partir das cláusulas nº 2 e nº 5 do contrato juntado como doc. 11. Assim considerando-se o prazo dos contratos de locação, tem-se que as benfeitorias realizadas já teriam sido completamente amortizadas, já que se trata de auto de infração lavrado em 2004 em relação ao ano-calendário de 1999.

Uma vez constatada a possibilidade de amortização das despesas em tela, é importante atentar para o fato de que, em sendo desconsiderada a respectiva amortização de

cada um dos bens que supostamente deveriam ter sido ativados, ter-se-ia manifesto enriquecimento sem causa por parte do fisco. Cita jurisprudência.

**Infração 2 – glosa de custos e despesas com necessidade não comprovada
– Termo de Constatação de 25.09.2003**

Autuação

Falta de justificativa quanto à necessidade e finalidade do desembolso, ou seja, respaldo documental insuficiente, relativos a lançamento na conta publicidade e propaganda, no valor total de R\$ 40.590,00.

A fiscalização intimou a empresa a complementar a comprovação das despesas sob o título “publicidade e propaganda” e relacionou indicando o beneficiário e o valor, aquelas que entendia não estar comprovadas. A empresa comprovou em parte.

Enquadramento legal: art. 299 e parágrafos, do RIR/99, 249, inciso I, 251 e § único, e 300 do RIR/99.

Turma Julgadora

Manteve o lançamento. Afirma que a contribuinte reporta-se aos documentos de n.ºs. 38 a 52, às fls. 3232/3296, no vol. 17, mas que, esses constituem-se de cópias simples de boletos bancários e de notas fiscais com descrições genéricas, que não permitem identificar se os serviços são necessários e se têm vinculação com a atividade da fiscalizada. Há inclusive cópia de nota fiscal fazendo menção a “valor referente ao contrato de prestação de serviço”, fls. 3290, 3295, sem que tenham sido apresentados junto à defesa os correspondentes contratos.

Recurso

A autoridade fiscal glosou a dedução de determinadas despesas, desconsiderando o caráter operacional atribuído sem nem sequer justificar os motivos que desqualificariam a operacionalidade, e por conseguinte, justificariam a glosa.

Compete à administração pública provar todas as suas pretensões, mas que não foi provado pela fiscalização de que as despesas possuem, caráter operacional e por consequência, não passíveis de dedução, mas, que esses argumentos deixaram de ser enfrentados na decisão recorrida.

Diz que juntou à impugnação demonstrativo que aponta as despesas citadas pela autoridade fiscal relacionando-as aos documentos que comprovam a origem e destinatários dos gastos indicados na conta 412.314. Afirma que tais documentos relacionados correspondem às notas fiscais, comprovantes de pagamento e aos contratos dos serviços de publicidade e propaganda por ela tomados, justificando plenamente a dedutibilidade de tais despesas e deixando clara a necessidade da reforma da decisão recorrida, a qual desconsiderou toda a documentação acostada aos autos. Por meio da análise da documentação conclui-se que os serviços prestados estão diretamente ligados aos interesses e ao desenvolvimento das atividades econômicas da recorrente, uma vez que dizem respeito à divulgação por serviços por ela prestados.

Afirma que a jurisprudência administrativa é no sentido de que os gastos com publicidade e propaganda devem ser classificados como despesas operacionais necessárias à atividade da empresa e à manutenção da fonte produtora, e por consequência, podem ser deduzidos da base de cálculo na apuração do IRPJ e CSL.

Infrações 3 e 6 – custos, despesas operacionais e encargos não necessários – conta de movimento de viagens e representações - Termos de 18.09.2003, complementado em 25.09.2003.

Autuação:

Conforme TCF de 18.09.2003, de fls. 408/411 (infração 3), débitos assumidos pela pessoa jurídica, por liberalidade, pela utilização de cartões de crédito por seus dirigentes, cujos dispêndios não são provados como usuais, normais e necessários à atividade da empresa e à manutenção da fonte produtora de rendimentos – conta movimento viagens e representações. Valor total de R\$ 215.688,15. Base legal: art. 299 e parágrafos do RIR/99 e PN 8/80.

Conforme TCF de 25.09.2003, de fls. 431/435 (infração 6), houve falta de respaldo documental de diversos lançamentos, relativos à conta “movimento viagens e representações” no valor total de R\$ 11.499,17 e falta de justificativa quanto à necessidade e finalidade do desembolso, no valor de R\$ 15.277,14. Base legal: art. 299 e parágrafos.

Enquadramento legal: art. 299 e parágrafos, art. 249, inciso I, 251 e § único, 300, todos do RIR/99 e, Parecer Normativo 32/81.

Turma Julgadora

Manteve o lançamento. Argumenta que a impugnante limita-se a alegar que a fiscalização teria invertido o ônus da prova e que os gastos estariam relacionados a viagens de negócios e participação de seus dirigentes em encontros e reuniões com fornecedores e parceiros internacionais e ao desenvolvimento de suas atividade de importação, a qual atinge expressivo montante. Mas, que não traz prova documental alguma que justifique a contabilização das despesas questionadas que permitam relaciona-las à sua atividade.

Recurso

Entendeu a fiscalização que a recorrente não teria justificado a necessidade/finalidade de despesas relativas à conta 412.311 – movimento de viagens e representações, deixando de apresentar documentos fiscais que autorizassem a dedução dos valores registrados. Afirma que tais despesas estão diretamente relacionadas a diversas viagens, nas quais os dirigentes da recorrente participaram de encontros e reuniões com fornecedores e parceiros internacionais, bem como participaram de seminários e congressos de interesse da sociedade. Acrescenta que grande parte dos interesses financeiros da recorrente estão diretamente ligados à importação de equipamentos e reagentes químicos, sendo de se destacar que as negociações nesse sentido giraram em torno de US\$ 4.850.000,00, apenas em 2003. Grande parte das despesas estão relacionadas a viagens de negócios aos estados norte-americanos da Califórnia, Ohio, Flórida e Nova Iorque, as quais tiveram como escopo o encontro com grandes parceiros da recorrente, para fins de busca de melhores ofertas no que tange a preços, prazos e outros. As viagens também estão relacionadas com participações em

congressos e seminários internacionais em que são apresentadas novas e modernas técnicas de trabalho, necessárias às atividades da empresa.

Infrações 4 e 7 – glosa das despesas relacionadas ao seguro de vida dos diretores e gestores; infração 5 - glosa das despesas relacionadas ao seguro saúde assistência médica dos diretores e gestores – TCF de 24.09.2003

Autuação

Custos, despesas operacionais e encargos não necessários – Seguros Itaú Vida (infração nº 4) de diretores e gestores – 3.254,93, Seguros indedutíveis (infração 7) – TCF de 02.10.2003 (16.242,61 beneficiário: diretores e gestores – Soma Seguradora e 08.10.2003 e, glosa das despesas relacionadas ao seguro saúde assistência médica dos diretores e gestores- seguro Bradesco – R\$ 11.660,95 (Infração 5) – TCF de 24.09.2003. – art. 360 do RIR/99 e 299 e parágrafos.

Em relação à infração nº 7, em 24.09.2003, conforme TCF de 02.10.2003, fls. 436/437, a empresa foi intimada a informar qual o beneficiário da indenização dos seguros de vida de diretores e gestores pagos em 1999, deduzidos do lucro operacional. Analisadas as apólices da empresa Soma Seguradora, conta 412.208 – seguros diversos, constatou-se que a pessoa jurídica não é beneficiária da eventual indenização. Assim sendo, não constitui, despesa dedutível por não ser normal e usual, para as atividades da mesma, e também porque qualquer ressarcimento não integrará o lucro real.

Em relação à infração nº 4, conforme TCF de 08.10.2003, de fls. 709/710, analisando os pagamentos constantes das cópias do Diário Auxiliar e respectivas apólices, pagas ao ITAUVIDA constatou-se que a pessoa jurídica não é igualmente beneficiárias da eventual indenização das mesmas, não sendo essa despesa dedutível.

Em relação à infração nº 5, conforme TCF de 24.09.2003, fls. 424/427, 416/423, constatou a fiscalização deduções referentes ao pagamento de seguro Bradesco, para sócio e/ou diretor.

Enquadramento legal das infrações 4 e 7: art. 360, 299 e parágrafos, 249, inciso I, 251 e § único, 299 e 300 do RIR/99 e Parecer Normativo CST 239/70, 16/76, 2/86. Enquadramento legal da infração 5: art. 299 e parágrafos, 360, 249, inciso I, e § único, 299 e 300 do RIR/99, Parecer Normativo, 183/71 e PN 64/76.

Turma Julgadora

A contribuinte alega ter oferecido a todos os funcionários os seguros em pauta, tanto em relação às despesas pagas à Soma Seguradora como às empresas Itauvida e Bradesco. Para comprovar reporta-se a documentos que anexa, por amostragem, sob nº 53 (3297/3320) e 54 (3323/3340).

A Turma Julgadora entendeu que tais documentos não são suficientes para a comprovação. Em relação a seguros de vida, foram apresentados os documentos sob nº 54 que se constituem de cópias simples de solicitações de pagamento, faturas e boletos bancários em favor da Sul América e Liberty Paulista Seguros, verificando-se que todos os documentos se referem ao ano de 2004, não objeto de autuação, e a outras empresas seguradoras que não a Soma seguradora e Itauvida; a cópia de fls. 3.331 contém indicação referente a seguros em

grupo de veículos e imóveis; a solicitação de pagamento de fls. 3328 indica tratar-se de seguro a ser descontado em folha dos funcionários.

Quanto a seguro de assistência médica, foram apresentados, como documento 53, cópias simples de solicitações de pagamento, boletos bancários em favor de Sul América, com indicação de seguro saúde e demonstrativos de faturamento, verificando-se que referem-se a janeiro a julho de 1999; não se trata da mesma seguradora em relação à qual foram pagos os seguros em favor dos sócios e diretores (Bradesco); os demonstrativos de faturamento indicam a existência de cinco planos diversos, o que denota que um mesmo plano de seguro saúde não é extensivo indistintamente a todos os funcionários; não integram os elementos apresentados qualquer prova indicativa do número de funcionários da empresa.

Assim, diante das inconsistências verificadas nos elementos apresentados, eles não podem ser admitidos sequer como início de prova de que os seguros questionados, junto às empresas Soma Seguradora, Itauvida e Bradesco, seriam extensivos a todos os integrantes da empresa fiscalizada.

Entendeu não justificar a realização de diligência para a complementação de provas, pois cabia à contribuinte trazer a prova documental aos autos para justificar seus registros contábeis.

Recurso

Em relação à infração 7, argumenta que a fiscalização entendeu que as despesas relacionadas aos seguros de vida pagos aos diretores não seriam passíveis de dedução, sustentando a autuação nos artigos 299 e 360 do RIR/99 e que mais uma vez a autoridade fiscal inverteu o ônus da prova, já que simplesmente afirmou que o benefício em tela não foi estendido a todos os funcionários, sem nem sequer averiguar esta informação. Afirma que cumpriu os requisitos legais para a dedutibilidade das despesas, oferecendo a todos os seus funcionários o seguro em pauta, conforme restou comprovado pela documentação anexa à impugnação (doc. 53 da impugnação). Afirma apresentar amostra da documentação, que comprovaria suas alegações. Disponibiliza para acesso e análise, toda a documentação relativa aos itens das autuações ora analisados.

Alega que no que tange à infração 4, a situação é semelhante, relativa às despesas pagas à Itauvida, por conta de seguros de vida dos diretores e gestores. Reitera seu pedido de diligência para comprovação das razões recursais.

No que toca à infração 5, argumenta que a fiscalização acusa de deduções referentes ao pagamento de seguro Bradesco, para sócio e/ou diretor, no montante de R\$ 11.660,95, conforme TCF de 24.09.2003, porque tais despesas não poderiam ser deduzidas e consideradas como despesas operacionais, uma vez que não foram respeitados os arts. 299 e 360 do RIR/99. Está-se diante de despesas relacionadas aos serviços de assistência médica, enquanto que as despesas tratadas no item anterior estão ligadas ao custeio de seguro de vida, mas, que o tratamento tributário deve seguir exatamente a mesma orientação dada às despesas tidas com os planos de saúde, qual seja, a possibilidade de dedução quando atendidos os requisitos previstos na legislação. Alega que conforme documentação anexa à impugnação, doc. 54, por amostragem, tem-se que a comprovação de que todos os funcionários da recorrente têm acesso à assistência médica.

Infração 9: Benfeitorias em imóveis pertencentes a pessoas ligadas – glosa de despesas de amortização - Termo de Constatação de 27.04.2004 (fls. 896/899)

Autuação:

Trata-se de obras e serviços realizados nos imóveis locados da empresa “Terra Molhada Participações Ltda”, que não eram ressarcidos pela locadora. Os valores com as despesas com benfeitorias eram ativados e depois amortizados.

A empresa Terra Molhada tem como sócio administrador o Senhor Caio Roberto Chimenti Auriemo, detentor de 1.353.716 cotas a integralizar da sociedade e que participa igualmente do capital social da fiscalizada com 1.536.312 cotas, sendo esta última sua principal fonte pagadora. O quadro societário da Terra Molhada, locadora dos três imóveis sob análise, inclui também a Sra. Dulce Auriemo.

Consoante a legislação em vigor, os custos das construções ou benfeitorias em imóveis locados de participantes nos lucros da pessoa jurídica têm que ser obrigatoriamente indenizados. Além de não ser ressarcida pelos gastos efetuados, a empresa declarou que tampouco informou tais montantes à locadora para que a mesma contabilizasse em seu ativo imobilizado, os custos incorridos.

Mesmo que não constasse dos contratos de locação respectivos, mas sendo a **indenização dos valores de eventuais obras obrigatória por lei**, o lançamento contábil cabível dos gastos incorridos, seria no ativo circulante ou realizável a longo prazo, já que no ativo imobilizado estariam classificados os bens próprios da empresa e acréscimos pertinentes e não os de terceiros.

Destacou a fiscalização que no caso em pauta, a despeito de terem o mesmo prazo de vigência, as taxas de depreciação utilizadas não obedeciam a um critério uniforme, conforme resposta ao item 3. (Refere-se ao doc. de fls. 893, em que informa a utilização de amortização de 4% para dois imóveis e 20% para outro). Conclui que é improcedente a redução do resultado de exercício sob o título de amortização referente a esses gastos.

Valor apurado de acordo com o disposto no PN CST 869/71, o qual dispõe sobre a inaplicabilidade de dedução de despesas de amortização realizadas em terrenos locados de sócios, acionistas, dirigentes, participações em lucros, ou parentes, ou dependentes. Enquadramento legal: art. 249, inciso I, 251 e § único, 299, 324, 325, item I, d, do RIR/99 e, Parecer normativo CST 869, de 25.10.71, 210 de 30.11.73, 104 de 01.10.75, CC art. 1255, Lei 6404/76, art. 179,

Turma Julgadora

A TJ proferiu a seguinte ementa:

BENFEITORIAS EM IMÓVEIS LOCADOS. A faculdade de amortização dos dispêndios com obras e serviços realizados em imóveis locados não se aplica ao caso em que a locadora é empresa cujo sócio administrador participa do capital social da locatária, ainda mais quando há 2 contratos originalmente

celebrados com a própria pessoa física que participa do capital da locadora e da locatária, tendo sido os direitos e obrigações da locação posteriormente cedidos à pessoa jurídica da qual o locador inicial é sócio administrador.

A Turma Julgadora salientou que os arts. 188 e 251 do RIR/66, fundamentados nos arts. 58 e 72 da Lei 4506/64, encontram correspondência nos arts. 324 e 464, inciso I, do RIR/99 que têm base legal no art. 58 da Lei 4.506 arts. 15, § 1º, e 60 do do DL 1.598/77, e art. 20, inciso II do DL 2.065/83. Assim, as alegações no sentido de que a autuação não teria respaldo legal e de que há previsão contratual de benfeitorias não indenizáveis e de prazo de locação de 5 anos, foram afastadas pelo exposto nos itens 5 e 6 do Parecer Normativo CST 869/71.

Sendo o sócio administrador da locadora Terra Molhada participante do capital social da locatária fiscalizada, sendo, portanto, pessoa ligada a ambas as empresas e beneficiado pela construção das benfeitorias em questão, o que impede a possibilidade de amortização.

Destacou que conforme docs. 11 e 14 (fls. 2753 e 2765) os contratos de locação dos imóveis localizados na Av. Brasil e nas Ruas Cardoso de Melo e Baluarte foram originalmente firmados entre o locador Caio Roberto Chimenti Auriemo e Delboni-Auriemo. Como documentos 12, 13(aditamento de 23.04.2003), 15 e 16 (aditamento) foram apresentadas cópias simples de Instrumento Particular de Cessão de Direitos decorrentes de contrato de Locação (fls. 2758 e 2765) e Instrumento Particular de aditamento Contratual (fls. 2762 e 2774) pelos quais foram transferidos os direitos e obrigações do contrato de locação à empresa Terra Molhada, passando essa a figurar como locatária. Mas, que tais documentos 12, 13, 15, 16, sequer contêm indicação de que teriam sido registrados no competente Cartório de Títulos e Documentos e nem identificam expressamente o representante da cessionária e nova locadora. Além disso, embora os contratos sejam de julho de 1999, os instrumentos particulares de aditamento contratual de fls. 272/2763 e 2774/2775, são datados de abril de 2003.

Por sua vez, o documento 17 (fls. 2777) constituído de cópia simples de Instrumento Particular de Contrato de Locação, referente ao imóvel da Rua Juruá (Alphaville), indica como locadora e locatária, respectivamente, as empresas Terra Molhada e Delboni-Auriemo, ambas representadas pelo mesmo sócio.

Em relação ao argumento de que ainda que não fossem amortizáveis, as benfeitorias poderiam ser submetidas à depreciação, ainda que fosse o caso de depreciação pela locatária em decorrência de eventual analogia com a situação em que há previsão de ressarcimento das benfeitorias por parte do locador, ressalta que em relação à depreciação não contabilizada, que esse benefício pressupõe o exercício de uma opção, por meio de procedimentos contábeis e do cumprimento de obrigações fiscais, a serem efetuados pelo contribuinte, em épocas e com obediências de formalidades próprias, não cabendo o seu reconhecimento no curso do procedimento fiscal.

Recurso

Alega que a autoridade fiscal não logrou indicar qualquer legislação que determinasse a indenização de custos das benfeitorias feitas em imóvel locado de participante nos lucros de pessoa jurídica. A decisão de primeira instância considerou que a procedência da

autuação sob o argumento de que “o sócio administrador da locadora Terra Molhada participa do capital social da locatária (empresa fiscalizada)”. O código civil de 2002, além de ser posterior ao período autuado, não trata da hipótese específica do contrato de locação de imóvel celebrado entre pessoas com relação societária, mas de disposição genérica que confere ao benfeitor de boa fé o direito de ser indenizado. Assim, são os pareceres normativos que tratam do alegado dever de indenização, bem como da impossibilidade de amortização dos custos das benfeitorias, razão pela qual se faz imprescindível a análise dos textos de tais atos normativos.

O PN CST nº 869/71 dispõe que a faculdade de amortização do custo das benfeitorias para uso próprio em terreno alheio “não se aplica às empresas que constroem em terrenos locados de seus sócios, acionistas, dirigentes, participantes nos lucros ou respectivos parentes ou dependentes. Vale dizer que a vedação à amortização dos custos de benfeitorias para uso próprio em terreno alheio apenas se aplica quando este terreno for de propriedade direta de uma das pessoas ali referidas (sócios, acionistas, etc) Dessa forma, a vedação somente seria aplicável na hipótese da locadora dos imóveis (Terra Molhada, docs. 11 e 17 da impugnação) ser classificada como tal, entretanto, essa empresa não é titular de ações que representem participação no capital social da autuada., tampouco transmitiu bens ao patrimônio desta. O mero fato de haver administradores comuns a ambas empresas não tem o condão de fazer da primeira sócia da última, o que conduz à inafastável conclusão de que as duas empresas não possuem qualquer relação societária, ou seja, a existência de administradores comuns não é suficiente para a manutenção do auto de infração.

Em relação ao PN CST 210/73, destacou-se na impugnação apresentada que este versa sobre a impossibilidade de amortizar “o valor das construções ou benfeitorias realizadas em imóvel alugado, quando haja direito ao seu recebimento”, o que não foi enfrentado na decisão. O texto normativo não deixa dúvidas quanto à vedação da amortização das benfeitorias estender-se apenas e tão somente às situações nas quais tais benfeitorias sejam indenizáveis. Entretanto, neste caso, a situação é oposta, na qual o contrato de locação de bem imóvel celebrado entre as partes traz cláusula contendo previsão expressa determinando que as benfeitorias porventura realizadas pelo locatário não são indenizáveis (cláusula 5ª. doc. 11 da impugnação). Expõe que esta cláusula constitui prática contratual legítima e amplamente adotada no mercado imobiliário, implicando a incorporação das benfeitorias eventualmente feitas pelo locatário ao imóvel locado.

Salienta que quanto ao PN CST 104/75, que não teria sido analisado pela TJ, o mesmo determina que “o valor das construções ou benfeitorias realizadas, sem direito a indenização, em imóvel alugado com prazo indeterminado, não poderá ser amortizado, ainda que sua vida útil prevista seja superior a um exercício., cabendo entretanto, a depreciação”. A vedação à amortização prevista em tal ato diz respeito a imóveis, cujo contrato de locação não preveja prazo determinado para o seu término, situação que não se verifica no caso sob análise, uma vez que os contratos de locação têm duração determinada: 5 anos (cláusula nº2, doc.11 da impugnação).

Também faz referência aos dispositivos do RIR mencionados no Termo de Constatação Fiscal, e afirma que os argumentos apresentados na impugnação passaram ao largo da decisão recorrida. Diz que o art. 324 traz as disposições gerais da permissão de amortização de bens e direitos, sendo complementado pelo artigo subsequente, que trata dos casos específicos de amortização de capital e despesas. Consoante dispõe a alínea “d” do inciso I do art. 325 do referido diploma, poderão ser amortizados “custos das construções ou

benfeitorias em bens locados ou arrendados, ou em bens de terceiros, quando não houver direito ao recebimento de seu valor”.

Aduz que os próprios dispositivos aludidos pela autoridade fiscal para embasar suas conclusões acabam por contradizê-las, uma vez que não permitem expressamente a amortização dos custos de benfeitorias não indenizáveis feitas em bens locados. Os pareceres normativos citados não trazem oposição à amortização procedida no caso concreto, tendo em vista que tratam de situações distintas da que neste se verifica. Ainda que não fosse admitida, deve-se observar que estes poderiam ser submetidas à depreciação, conforme resta claro da leitura dos pareceres normativos mencionados no TCF. Traz jurisprudência sobre o direito à depreciação no curso do processo administrativo fiscal, para concluir que na remota hipótese de não se acatar as razões relativas à amortização no caso presente, não há como afastar a necessidade de se reconhecer a depreciação das benfeitorias realizadas.

Conclui que não há qualquer óbice legal à não indenização das benfeitorias realizadas pela locatária, em virtude da existência de previsão contratual expressa impedindo a indenização pelas benfeitorias realizadas. Não restam dúvidas acerca da legitimidade da amortização das despesas incorridas em virtude de referidas benfeitorias, em virtude de permissão legal para tanto.

Infração 11 – Da contraprestação de arrendamento mercantil – inobservância dos requisitos legais – TC de 12.11.2003.

Autuação

Termo de Constatação de 12.11.2003 (825/828) complementado pelo Termo de 13.11.2003 (829/831).

Das análises de contratos, documentos e formas de lançamento das operações de arrendamento mercantil, constatou-se que, desde o pagamento da primeira parcela, sem exceção, um percentual do valor residual era lançado no ativo, não pressupondo, em nenhuma hipótese, a eventual possibilidade de devolução ou entrega dos itens envolvidos às sociedades de arrendamento ou instituições financeiras.

As parcelas referentes ao citado valor residual dos bens adquiridos sob esta modalidade de operação, eram pagas por antecipação mensalmente, e lançados em conta intitulada “imobilizações em andamento” dentro do permanente, não sujeita à depreciação que só passava a incidir quando, findo o contrato, o valor era ativado.

Os bens comprados através de leasing eram imobilizados em datas aleatórias, coincidentes ou não com as de emissão dos recibos e/ou notas fiscais. Isto porque os lançamentos eram feitos por ocasião da chegada do documento à contabilidade, de modo geral, bem após o término do contrato e pagamento do respectivo valor residual. Este procedimento pode ser comprovado na planilha de informações parciais que acompanha a carta do contribuinte, de 08.10.2003, integrante do Termo, comparando-se as colunas “data de ativação” e “data NF de aquisição”. Em todos os casos, a imobilização não individualizou os bens tomando-os pelo valor global: valor residual fechado.

Alguns contratos não continham nem mesmo cláusulas fixando as condições para o exercício do direito de optar pela renovação, pela devolução ou pela aquisição do bem, partindo do pressuposto que tal fato jamais ocorreria.

Por contrariar as determinações da legislação, foi inquirido sobre a razão destas lacunas contratuais, mas a indagação permaneceu não elucidada, sob a alegação de tratar-se de operações antigas.

Sob o aspecto fiscal, o procedimento verificado, constitui abuso de forma, a aquisição, pelo arrendatário, de bens arrendados, em desacordo com as disposições da Lei 6.099/74. A operação de arrendamento mercantil passa a ser de compra e venda a prestação como disposto no art. 10 da Resolução 2.309/96, se a opção de compra não for explícita e nem exercida antes de decorrido o prazo mínimo estabelecido no art. 8º. Se, desde o momento de assinatura das partes contratantes não é sequer admitida a hipótese de devolução do bem arrendada, fica claro ser este o momento da aquisição. Não há opção de compra: trata-se de uma aquisição simples, sob a forma de leasing. A celebração do contrato de compra e venda a prazo se torna perfeito pois estão presentes seus clássicos elementos: a coisa, o preço, o consentimento e a tradição. As condições para o exercício do direito de opção pela renovação do contrato, devolução do bem ou aquisição são requisitos obrigatórios que precisam, necessariamente, estar formalizados no instrumento firmado.

À vista da descaracterização da forma operacional adotada, as contraprestações pagas durante a vigência do arrendamento, somadas às parcelas pagas a título de preço de aquisição, deduzidas do resultado do ano-calendário sob fiscalização, qual seja 1999, sujeitam-se à tributação por não serem nem despesas nem custos dedutíveis:

Valores tributáveis: Conta leasing de máquinas e equipamentos – R\$ 1.491.433,00 (custos); conta de leasing veículos (despesas): R\$ 22.805,73. Conforme o complemento, foram igualmente deduzidas do resultado do ano-calendário de 1999, sujeitando-se, à tributação por não serem nem despesas e nem custos dedutíveis, os valores lançados à conta de “leasing de máquinas e equipamentos” (despesas), no montante de R\$ 592.594,30.

Enquadramento legal: art. 299 e parágrafos do RIR/99, art. 356 e parágrafos, Resolução 2.309/96, art. 10º (a operação de arrendamento mercantil será considerada como de compra e venda a prestação se a opção de compra for exercida antes de decorrido o prazo mínimo estabelecido no art. 8º); art. 13, inciso II, da Lei 9.249/95; arts. 249, inciso I, 251 e § único.

Turma Julgadora

A ementa proferida na decisão de primeira instância é a seguinte:

ARRENDAMENTO MERCANTIL. O fato de o contrato não conter expressamente a opção de compra ou de sua renovação como faculdade do arrendatário, como exige o art. 5º, alínea “c”, da Lei 6.099/74, ou de a opção de compra já ser manifestada desde o pagamento da primeira parcela, sem que haja a faculdade de renová-lo ao seu final, evidencia a situação prevista no § 1º do art. 11 da referida Lei 6.099/74 (“a aquisição pelo arrendatário de bens arrendados em desacordo com as disposições desta Lei, será considerada operação de compra e venda a prestação”), justificando-se a glosa dos dispêndios

correspondentes na determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL.

A Turma Julgadora destacou que o valor constante no auto de infração é inferior em R\$ 47.510,76, mas, que isso não acarretou prejuízo à autuada.

Levou em conta que a autuação decorre de dois motivos. A antecipação do valor residual desde o pagamento da primeira parcela e, inexistência, em alguns contratos de cláusula fixando as condições para o exercício da opção, mas que, acerca do segundo motivo não houve manifestação da impugnante. Destacou que pela resposta de fls. 442/443, a contribuinte reconhece que nem todos os contratos tinham opção de compra, pois, na planilha de fls. 443 preencheu com “sim” a coluna “cláusula de opção de compra” para apenas alguns contratos.

Quanto à glosa por antecipação do valor residual, a impugnante não negou que teriam sido feitos tais pagamentos, mas, alega que sua antecipação configura mero adiantamento e, no caso de a empresa resolver não mais adquirir o bem, os valores pagos a esse título devem ser restituídos pela arrendadora.

Destacou que dos contratos que instruem os autos, depreende-se, pelas cláusulas de fls. 488, 505, 511, 523, 528 e 533, que optando pela devolução do bem, este será colocado à venda pela arrendadora, e o arrendatário (no caso, a fiscalizada) terá como acréscimo a seu patrimônio apenas a parcela do produto da venda que eventualmente superar o valor residual garantido e as despesas de venda. Na verdade, configura-se uma segunda opção de compra e venda: dessa vez, entre a arrendatária e o terceiro comprador, com a intermediação da arrendadora.

Com base na Lei 6.099/74 alterada pela Lei 7.132/83 e na Resolução do Banco Central 2.309/96, a operação de leasing deve atender às condições previstas na legislação em regência, caso contrário será considerada operação de compra e venda a prestação.

Ressaltou que a Resolução citada, estabeleceu a obrigatoriedade de o contrato conter a opção de compra, bem como os prazos mínimos de arrendamento. Se a opção de compra não estiver expressa no contrato ou se a contribuinte, desde o início do contrato, promove a antecipação do pagamento do valor residual, manifestando, sua opção pela aquisição antes do prazo mínimo, descaracterizada fica, para fins tributários, a operação de arrendamento mercantil. Conclui que se tratou realmente de operação de compra e venda.

Também ressaltou que o fato de a Portaria MF 104/1984, prever que “parcelas de antecipação do valor residual garantido ou do pagamento por opção de compra serão tratadas como passivo do arrendador e ativo do arrendatário, não sendo computadas na determinação do lucro real” não significa permissão de deduzir, como custo ou despesa operacional, a totalidade das contraprestações do arrendamento mercantil para os casos em que haja tal antecipação. Mas, que na verdade, essa disposição dá à antecipação do valor residual o mesmo tratamento que teria a parcela paga a título de compra e venda.

Quanto à menção à jurisprudência administrativa, observa que há posicionamento da Câmara Superior de Recursos Fiscais no sentido de não manutenção da exigência em casos em que a autuação for justificada apenas pela existência de valor residual ínfimo, mas, que esse não é o motivo da autuação, mas, sim o fato de inexistir no contrato

opção de compra ou de sua renovação como faculdade do arrendatário, como exige o art. 5º, alínea “c” da Lei 6.099/74, ou de a opção de compra já ser manifestada desde o pagamento da primeira parcela, sem que haja a faculdade de renova-lo ao seu final, evidenciando a situação prevista no § 1º do art. 11 da referida lei.

Destaca que a liberdade de contratar, não pode se sobrepor ao princípio da isonomia, pois, aquele que celebra contrato nas condições descritas pela fiscalização (em que a opção de compra não for expressa ou em que for exercida antes de decorrido o prazo mínimo), está em iguais condições àquele que celebra contrato de compra e venda, não cabendo adoção de tratamento tributário distinto.

Mantém o lançamento.

Recurso

Segundo a autoridade fiscal, parte do valor residual de leasing foi lançado mensalmente como despesa, configurando uma venda a prestação, uma vez que a opção foi feita antecipadamente.

Entende a contribuinte que a autoridade fiscal, por não compreender a natureza do contrato de leasing, cometeu erro que contraria inclusive norma do MF. A autoridade julgadora procurou estabelecer que o instituto do arrendamento mercantil deve ter diferentes características se analisado para fins tributários ou civis, contrariando expressa previsão dos artigos 109 e 110 do CTN, que vedam à lei tributária a possibilidade de alterar, a definição, o conteúdo e o alcance dos institutos, conceitos e formas de direito privado.

Afirmou que o raciocínio foi o seguinte:

a) a antecipação de parte do valor residual configura uma presunção de que a empresa já exerceu a opção de compra ao pagar apenas uma parte do valor residual

b) a intenção de compra do bem só pode existir no final do contrato, sob pena de transformá-lo em compra e venda a prestação

A recorrente entende que ao antecipar o pagamento de parte do valor residual previsto no contrato de leasing a empresa não exerce a opção de compra, pois caso isso ocorresse, com o pagamento da primeira parcela implicaria o direito de receber o bem.

A antecipação configuraria mero adiantamento de parte do valor residual e, no caso de a empresa voltar atrás e resolver não adquirir mais o bem, os valores pagos a esse título devem ser restituídos à sociedade que o arrendou.

Quanto ao item “b” conclui que não é a intenção subjetiva do contratante que configura o contrato de leasing e sim a subsistência da opção e de um valor residual. Enquanto puder mudar de intenção, o contrato de leasing não perde sua natureza. Somente com o exercício da opção integralmente é que o bem tem sua propriedade transferida e o contrato se resolve.

Discordou da TJ, que entendeu que houve desrespeito à Portaria 140/84 por entender que essa disposição dá à antecipação do valor residual o mesmo tratamento que teria a parcela paga a título de compra e venda. Argumenta a recorrente que esse dispositivo, exclui as

parcelas de antecipação do valor residual em contratos de leasing justamente, por, há mais de 20 anos, reconhecer não se tratar de compra e venda a prazo. Ou seja, entendeu a contribuinte que o próprio MF entende que o contrato de leasing pode contemplar parcelas de antecipação do valor residual. Cita acórdãos 108-05642 e 103-18333.

Infração 12- reflexo da amortização do ágio e das benfeitorias em imóveis locados nos exercícios seguintes.

Autuação e decisão de primeira instância:

Foram constatadas amortizações, decorrentes de eventos do ano-calendário de 1999, cujos reflexos se fizeram sentir nos exercícios 2000 a 2003. Este item refere-se às infrações nºs. 10 e 9. A Turma Julgadora manteve o lançamento, uma vez que foram glosadas as amortizações realizadas pela contribuinte, em continuidade àquelas efetuadas no ano de 1999, cujo lançamento foi mantido.

Recurso:

A recorrente argumenta que sendo improcedentes as infrações 9 e 10, também o é esta. Acrescenta a preliminar de nulidade por falta de emissão de MPF-C extensivo aos anos de 2000 a 2003.

Afirma que foi desrespeitado o disposto no art. 10, parágrafo 2º da Portaria SRF 3007/2001, reguladora do procedimento de fiscalização em âmbito federal, que combinado com o parágrafo 2º do art. 7º, depreende-se que não é vedado analisar livros e documentos referentes a períodos diversos dos estabelecidos pelo MPF. Entretanto, na hipótese de tal análise levar à apuração de crédito tributário relativo a tais períodos não abrangidos pelo MPF-F, é indispensável a emissão de MPF-C, sob pena de ficar a autoridade fiscal impossibilitada de constituir o crédito tributário. Nesta caso específico o MPF-F (fl. 2) foi emitido especificamente em relação ao período de 01/99 a 12/99 e não houve emissão do MPF-C específico para os anos de 2000 a 2003.

Conclui que ainda que se entenda pela procedência das infrações nº 9 e 10, impõe-se o pronto cancelamento desta infração, já que em total descompasso das normas reguladoras do procedimento fiscalizatório.

Taxa Selic

Recurso

A recorrente alega que é ilegal a utilização da taxa SELIC como juros de mora, e que os argumentos de inconstitucionalidade de dispositivos normativos devem necessariamente ser apreciados. Cita o acórdão CSRF/01-03.620.

Voto Vencido

Conselheira Albertina Silva Santos de Lima, Relatora

RECURSO DE OFÍCIO

Trata-se de glosa de depreciação de bens do ativo imobilizado, no valor total de R\$ 915.987,60. A TJ excluiu do lançamento o IRPJ no valor de R\$ 228.996,89 e a CSLL de R\$ 73.279,00, que acrescidos da multa de ofício de 75% alcança o valor total de R\$ 528.982,81.

Conforme o disposto na Portaria do MF nº 3, de 03.01.2008, publicada no DOU em 07.01.2008, que entrou em vigor na data de sua publicação, o valor para efeito de recurso de ofício foi alterado para R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais).

O valor exonerado do crédito tributário é inferior ao valor estabelecido na Portaria citada. Por essa razão o recurso de ofício não deve ser conhecido por não atender à mencionada condição de admissibilidade.

RECURSO VOLUNTÁRIO

Uma questão relacionada com a admissibilidade do recurso voluntário deve ser apreciada.

A autoridade administrativa entendeu que salvo maior juízo, **a documentação apresentada não comprovaria a contento a habilitação do signatário do Recurso Voluntário** e das demais respostas da recorrente em atendimento a intimações, entretanto, não esclareceu a motivação desse entendimento.

Levando em conta a procuração, datada de 08.06.2004, de fls. 3667, por meio da qual o Diretor Presidente nomeia e constitui como procuradores diversas pessoas entre as quais os advogados que assinaram o recurso voluntário e as diversas petições formalizadas para atendimento a intimações, aos quais confere os poderes das cláusulas “*ad-judicia*” e “*extra-judicia*” e especialmente para defendê-la nos autos deste processo administrativo (MPF 0811300/00132/03) e levando em conta a procuração de fls. 3678, cujos outorgados (Diretor Financeiro e gestor financeiro) assinaram a relação de bens para arrolamento e considerando o Estatuto Social da recorrente, especialmente os artigos 23, 24 e 26, sendo que o parágrafo único do art. 26 limita o prazo de validade das procurações para um ano, quando não relativas a representação judicial, e considerando que o recurso e as demais petições foram assinadas antes de terminar esse prazo, entendo que essa condição de admissibilidade foi atendida.

À vista do exposto, e considerando a tempestividade do recurso voluntário considero que o mesmo atende às condições de admissibilidade.

Preliminar de nulidade

Esta preliminar de nulidade por falta de MPF Complementar para abranger os anos de 2000 a 2003, se refere apenas à infração nº 12 (reflexo da amortização do ágio e das benfeitorias em imóveis locados nos exercícios seguintes, infrações nº 9 e 10).

Não localizei nos autos, o MPF Complementar específico para abranger os anos de 2000 a 2003.

Para apreciar essa preliminar de nulidade, inicio lembrando o disposto no art. 142 do CTN, na Lei nº 2.354/54, o Decreto nº 2.225/85 e art. 6º da Lei nº 10.593/2002. Da leitura desses dispositivos legais se conclui que o lançamento é indelegável e privativo da autoridade administrativa, investida dessa competência, que é exclusiva do Auditor Fiscal da Receita Federal.

O Mandado de Procedimento Fiscal, instituído pela Portaria SRF nº 1.265, de 1999, é apenas um instrumento de controle administrativo e teve o objetivo de regular a execução dos procedimentos fiscais, mas não aborda aspectos relacionados com a competência para constituição do crédito tributário pelo lançamento.

Qualquer eventual irregularidade quanto ao cumprimento das disposições contidas na Portaria SRF deve ser apurada no âmbito funcional. Mas, não tem, o disposto na Portaria, o condão de desonerar o AFRF da atividade obrigatória e vinculada do lançamento, sob pena de cometer ato de improbidade administrativa.

A jurisprudência deste Conselho é vasta, em relação a essa matéria. Transcrevo apenas as ementas relativas aos acórdãos de nºs. 102-46676 de 16.03.2005, 107-07756, de 12.08.2004 e CSRF/01-05.189 de 14.03.2005:

Acórdão nº 102-46676, relator: José Oleskovicz NORMAS PROCESSUAIS - FALTA MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL - NULIDADE DO LANÇAMENTO - INEXISTÊNCIA - A Portaria SRF nº 1.265, de 1999, que instituiu o Mandado de Procedimento Fiscal - MPF, em virtude do princípio da legalidade (CF, art. 5º, inc. II) e da hierarquia das leis, não se sobrepõe às disposições do Código Tributário Nacional - CTN, às do Decreto nº 70.235, de 1972, em especial às dos arts. 7º e 59, que versam, respectivamente, sobre o início do procedimento fiscal e sobre as hipóteses de nulidade do lançamento. COMPETÊNCIA DO AUDITOR FISCAL - Disposições das Leis nºs 2.354, de 1954, e 10.793, de 2002 e do Decreto-Lei nº 2.225, de 1985, se sobrepõem à Portaria SRF nº 1.265, de 1999. MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL - O Mandado de Procedimento Fiscal é apenas um instrumento gerencial de controle administrativo da atividade fiscal, que tem também como função oferecer segurança ao sujeito passivo, ao lhe fornecer informações sobre o procedimento fiscal contra ele instaurado e possibilitar-lhe confirmar, via Internet, a extensão da ação fiscal e se está sendo executada por servidores da Administração Tributária e por determinação desta.

Acórdão 107-07756, relator: Carlos Alberto Gonçalves Nunes recurso "ex officio" - MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL - MPF. O Mandado de Procedimento Fiscal instituído

pela Port. SRF nº 1.265, de 22/11/99, é um instrumento de planejamento e controle das atividades de fiscalização, dispondo sobre a alocação da mão-de-obra fiscal, segundo prioridades estabelecidas pelo órgão central. Não constitui ato essencial à validade do procedimento fiscal de sorte que a sua ausência ou falta da prorrogação do prazo nele fixado não retira a competência do auditor fiscal que é estabelecida em lei (art. 7º do Lei nº 2.354/54 c/c o Dec.lei nº 2.225, de 10/01/85) para fiscalizar e lavrar os competentes termos. A inobservância da mencionada portaria pode acarretar sanções disciplinares, mas não a nulidade dos atos por ele praticados em cumprimento ao disposto nos arts 950, 951 e 960 do RIR/94. 142 do Código Tributário Nacional.

Assim sendo, rejeito a preliminar de nulidade.

Infração 10: Amortização de ágio (ano-calendário de 1999) e infração 12 (anos-calendário seguintes)

A empresa através de uma seqüência de operações, que visavam economia de tributos, registrou em seu patrimônio líquido, a débito da conta, ágio a amortizar, o valor originário de R\$ 58.854.375,82, referente ao valor do ágio que havia sido pago por empresas investidoras (ORIGEM, ANTUÉRPIA), por ela incorporadas, na aquisição de participação societária na própria incorporadora (Delboni-Auriemo), utilizando-se como fundamento econômico, a “Rentabilidade Futura”. Por meio de lançamentos mensais, a D-A procedeu à transferência dos valores redutores do Patrimônio Líquido para contas de despesa, por meio da amortização mensal de 1/60 do ágio contabilizado, assim procedendo durante os anos-calendário de 1999 a 2003.

Também, a empresa Cantalón, apurou ágio na aquisição da empresa Bio-Ciência Lavoisier Análises Clínicas S/A (Lavoisier), no valor de R\$ 33.561.837,28, que passou a ser amortizado pela Delboni-Auriemo, à razão de 1/60 (R\$ 559.363,95), a partir da incorporação conjunta das empresas Cantalon e Lavoisier, que ocorreu em 30.08.2000. Registre-se que a glosa da amortização do ágio apurado pela empresa Cantalon iniciou-se em 11/1999. A Cantalón havia aumentado seu capital em 07.10.99 que foi subscrito por Platypus. Já na AGE de 30.04.2000 da empresa Cantalon, consta que os acionistas dessa empresa são Laboratório Clínico Delboni Auriemo S/A e Marcelo Marques Moreira Filho.

A multa de ofício aplicada corresponde a 75%.

Sobre fundamento econômico do ágio, transcrevo o art. 20 do DL 1.598/77, mencionado pela fiscalização:

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.

Do disposto nesse artigo, destaca-se que o contribuinte que avaliar investimento em sociedade coligada ou controlada, pelo valor de patrimônio líquido, e apurar ágio deve fundamentar o lançamento do ágio, entre três alternativas, dentre as quais: o valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros; ou fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas. E na hipótese do fundamento econômico do ágio ser o valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros, este deve estar apoiado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante de escrituração.

Até aqui, pode-se dizer que os efeitos fiscais do ágio ou deságio são neutros, exceto se ocorrer a alienação ou liquidação de investimento, quando tais parcelas influem na determinação do ganho ou perda de capital, nos termos do art. 33 do mesmo DL 1.598/77, com as alterações do DL 1.730/79.

Posteriormente, com a edição da Lei nº 9.532/97, art. 7º, novas regras foram estabelecidas nas hipóteses de incorporação, fusão ou cisão. Transcrevo referido artigo:

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 nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977: (Vide Medida Provisória nº 135, de 30.10.2003)

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 nº 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 nº 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 nº 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 nº 9.718, de 1998)

(...)

Portanto, a pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, na qual detenha participação acionária adquirida com ágio (nos termos do art. 20 do DL 1.598/77), se o ágio for fundamentado como “fundo de comércio, intangíveis ou outras razões econômicas” sua contrapartida deve ser lançamento em conta do ativo permanente não sujeita a amortização. Já se o fundamento econômico do ágio for “valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros”, o ágio pode ser amortizado nos balanços correspondentes de apuração do lucro real, levantados posteriormente à incorporação, à razão de 1/60 no máximo, para cada mês do período de apuração.

O art. 7º da Lei 9.532/97 se refere à situação em que a incorporadora detenha participação acionária na incorporada adquirida com ágio. A D-A não detinha participação na Origem e Antuérpia, ao contrário, essas empresas é que detinham participação na D-A, adquiridas com ágio (a D-A detinha participação societária apenas da empresa Cantalon). O art. 8º da mesma Lei é que trata da situação em que a incorporada é a detentora da propriedade de participação societária.

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.*

Ou seja, o disposto no *caput* do art. 7º, inciso III, combinado com o art. 8º, letra b, permite a amortização do ágio à razão de 1/60, no máximo, mensalmente, na situação de incorporação de empresa detentora de participação acionária adquirida com ágio. Não faz nenhuma restrição quanto a essa participação societária se referir a uma empresa terceira ou à própria incorporadora. Assim, deve-se aplicar a legislação às peculiaridades de cada situação.

No caso concreto, a fiscalização afirmou que as reorganizações societárias (Origem e Antuérpia) por meio de negócios jurídicos indiretos previamente estabelecidas em contrato visaram, na verdade, a transferência do controle societário, com ganhos fiscais indevidos. Apesar de ter feito essa afirmação, no item relativo ao ilícito fiscal de seu Termo de Constatação Fiscal, não há qualquer acusação de que as reorganizações societárias tenham sido realizadas de forma ilícita, conforme trecho que a seguir transcrevo:

3. DO ILÍCITO FISCAL:

DA PROVA PRÉ CONSTITUÍDA

A empresa Origem e posteriormente a empresa Antuérpia, ao contabilizarem os ágios pagos pelas participações adquiridas na empresa Delboni-Auriemo, o fizeram com fundamento na Rentabilidade Futura desta. Em seguida a Delboni-Auriemo

incorporou as suas investidoras, transferindo o ágio para sua escrituração, mantendo-os em contas redutoras de patrimônio líquido. Procedendo em seguida a amortização dos mesmos, utilizando para isto a permissão concedida pelo artigo 7º inciso III da Lei 9.532/97.

Entretanto, instada por esta fiscalização a apresentar a comprovante no qual se baseou o lançamento com o já mencionado fundamento, não logrou sucesso em nos mostrar os critérios utilizados no mesmo, nem tão pouco na existência de fatos concretos que o justificassem.

Ou seja, o comprovante documental utilizado como fundamento para o cálculo da rentabilidade futura não espelhou fatos concretos que pudessem resultar na geração futura de lucros, contra os quais se pudessem confrontar, pro-rata temporis, os recursos dispendidos no pagamento do ágio.

Da aplicação subsidiária na matéria da Instrução CVM 247 de 96 alterada pela Instrução CVM 285/98.

(...)

Conclusão

Na verdade, não se discute aqui a não existência dos valores pagos a maior quando da aquisição, mas sim que os mesmos não se devem a expectativa de lucros futuros e sim a uma riqueza existente a margem gráfica do Balanço Patrimonial. Para tal situação, materialmente ocorrida, tem-se que o ordenamento consagra regra especial que é aquela inserta na alínea “c” do § 2º do art. 20 do DL n. 1598/77 – fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas. Por conseqüência há aplicar-se ao caso em pauta o que dispõe o inciso II do art. 7º da Lei 9.532/97, alterada pela Lei 9.718/98 – registro contábil no ativo permanente não sujeito a amortização.

Por tudo resta caracterizada a ocorrência de ilícito fiscal visto que houve redução indevida de bases de cálculo do IRPJ e da CSLL em conseqüência de erro de direito manifesto na interpretação do fato realmente ocorrido – houve pagamento de ágio por outras razões de ordem econômica e não em razão de RENTABILIDADE FUTURA; este último conceito é de ordem jurídico tributária e não se confunde com o conceito econômico financeiro quando empregado como método de avaliação de empresas ou outros procedimentos afins. Quando conceituada juridicamente no âmbito do direito tributário, a expressão RENTABILIDADE FUTURA ganha relevância jurídica e assim sendo dela há de se extrair os precisos efeitos da norma. A norma só pode alcançar, nos termos em que está posta em nosso ordenamento as situações em que de forma cumulativa sejam precisamente atendidos dois requisitos fundamentais: a) produção de prova em sentido formal – DEMONSTRAÇÃO ESCRITA ARQUIVADA COMO COMPROVANTE DE ESCRITURAÇÃO – e, b) formação efetiva de lucros. Só a efetiva formação de lucros justificaria o emprego da distinção legal

permissiva do direito de amortização. Se assim não fosse qualquer um poderia proceder a amortização do ágio alegando que previu a geração de lucros mas que infelizmente a previsão não se confirmou. Enfim descabe nesta matéria qualquer tentativa de recurso à interpretação literal de uma das regras que compõem a norma. A NORMA só pode ser interpretada como um todo, sob pena de se laborar em equívoco.

Em procedimento de ofício, resta ao fisco, diante do ocorrido, o poder-dever de declarar a natureza econômica do ágio e impugnar a dedutibilidade das amortizações- CTN (Lei 5.172/66) artigos 107, 109, 118, 142 e inciso V do artigo 149.

Do trecho acima transcrito depreende-se que

a) Não há acusação fiscal de que a amortização do ágio seria indevida em razão da empresa incorporada ser detentora de participação acionária da própria incorporadora.

b) O ilícito fiscal diz respeito à desconsideração da natureza jurídica do fundamento econômico do ágio, porque a autuada o justificou com o fundamento de rentabilidade de exercícios futuros, não corroborada pela documentação apresentada. Concluiu a fiscalização, que na verdade, o fundamento econômico do ágio é o previsto na letra “c” do art. 20 do DL 1.598/77, “fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas”. Para corroborar sua conclusão, afirmou que a contribuinte teve prejuízos, no período mencionado. Ou seja, a rentabilidade futura não se confirmou e só a efetiva geração de lucros justificaria o fundamento, exceto se tivesse havido caso fortuito.

Registre-se que dos fatos descritos, interpreto que as empresas ORIGEM e ANTUÉRPIA, foram criadas sem propósito comercial, uma vez que resta caracterizada a utilização das incorporadas como “empresas veículo”, para transferência de ágio à incorporadora, dado que houve um acordo entre as partes (fls. 1607/1643), em que todas as etapas da reorganizações societárias foram descritas, inclusive datas, ficando claro, que a forma como a reorganização foi elaborada visou apenas a criação de ágio nas empresas veículo e sua transferência para a incorporadora.

Apesar de interpretar os fatos dessa maneira, tenho que reconhecer que a fiscalização, quando tratou do ilícito fiscal, no item 3 do Termo de Constatação Fiscal, acima descrito, limitou-se a refutar o fundamento do ágio, conforme já explanado. Entender de forma diferente implicaria no cerceamento do direito de defesa da autuada.

Em relação à acusação fiscal de que os lucros não foram confirmados, entendo que a legislação fiscal não condicionou a dedutibilidade da amortização do ágio à efetiva apuração de lucro, e nem estabeleceu prazo para a geração de lucros. Essa legislação foi editada no contexto de incentivo às privatizações, e permaneceu em vigor nos anos-calendário objeto de atuação, entretanto, a Instrução CVM 247/96 alterada pela 285/98 não pode ser aplicada para efeitos fiscais.

Voltando ao fundamento econômico do ágio. A fiscalização afirma que a documentação apresentada pela contribuinte para fundamentar o ágio é insuficiente, e por essa razão reclassifica a natureza do fundamento do ágio, com outro fundamento: fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

Deve-se destacar que para efeitos fiscais, nos termos do art. 20 e incisos I e II, do DL 1.598/77, acima transcrito, ágio ou deságio na aquisição é a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor do patrimônio líquido na época da aquisição determinado de acordo com o disposto no art. 21 do mesmo Decreto, que trata da avaliação do investimento no Balanço.

O mesmo art. 20 desse Decreto, segundo seu § 2º, o lançamento do ágio ou deságio deverá indicar, dentre os seguintes, seu fundamento econômico:

- valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade;
- valor da rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros;
- fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

A autoridade que realizou a diligência, afirmou em seu Relatório Fiscal, que a contribuinte somente teria direito a amortizar o ágio que fosse de valor excedente ao valor do fundo de comércio e intangíveis, e como a contribuinte não informou o valor do fundo de comércio e dos intangíveis no momento em que ocorreram as transações, impediu a autoridade lançadora de determinar quais parcelas dos ágios foram pagas a título do fundamento econômico da alínea “c”, sobre as quais não caberia a amortização no lucro real da incorporadora.

Me parece que a autoridade responsável pela diligência, que não é a mesma que lavrou o auto de infração, realmente está mudando o lançamento, pois, agora admite que a contribuinte teria direito ao valor que eventualmente excedesse ao valor do fundo de comércio e intangíveis, desde que o mesmo informasse/comprovasse o valor desse fundo de comércio e dos intangíveis à época dos fatos. Assim, suas considerações a esse respeito não são admitidas neste voto.

Conforme visto, a Lei 9.532/97, III do art. 7º, permite a amortização do valor do ágio cujo fundamento seja o valor da rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados dos exercícios futuros, no máximo, à razão de 1/60 para cada mês do período de apuração, desde que haja a respectiva demonstração que deverá ser arquivada como comprovação.

A legislação fiscal não definiu o que seja valor da rentabilidade com base em previsão dos resultados dos exercícios futuros.

Essa falta de definição invoca entendimentos diversos, como exemplifica o entendimento dos AFRFs que realizaram a fiscalização e a diligência.

O Parecer do Prof. Eliseu Martins, ao comentar o art. 20 do DL 1.598/77, observa que o legislador ao apresentar o ágio daquela forma incorreu em erro conceitual, pois segregou o fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas do valor de rentabilidade futura. Ressalta que essa separação é incorreta dentro dos conceitos teóricos e normativos contábeis, uma vez que, o fundo de comércio, também conhecido por *goodwill*, nada mais é, em contabilidade, do que a efetiva expectativa de rentabilidade futura acima dos montantes normais esperados. Salienta ainda que a CVM em sua Instrução nº 1/78 também

incorreu nesse erro conceitual e que o corrigiu conforme Nota explicativa à Instrução CVM 247/96.

Assim, segundo o parecerista não existem “outras razões econômicas” para o pagamento do ágio; o que poderia ocorrer é a não apresentação de uma justificativa formal para tal pagamento, mas que ele ocorre por conta dessa expectativa ou da mais valia de ativos é fato. Conclui que o fundo de comércio mencionado pelo DL, na letra “c”, inclui-se conceitualmente dentro do que ele mesmo considera expectativa de rentabilidade futura, letra “b”.

Vejamos ainda o conceito econômico abaixo sobre *goodwill*, extraído da obra de MARTELANC, PASIN e CAVALCANTE (2005)

Tecnicamente, define-se goodwill como a diferença entre o valor econômico da empresa para seus acionistas e seu valor patrimonial reavaliado a preços de mercado. Antes de uma fusão ou aquisição, pode ser projetado como a diferença entre o valor de uma empresa obtido pelo FCD e o valor patrimonial reavaliado a preços de mercado.

No momento da apresentação do relatório de avaliação da empresa, muitos empresários nos perguntam se o valor dos intangíveis (reputação da empresa, fidelidade dos clientes, qualidade do corpo gerencial e dos recursos humanos, Know-how tecnológico) e, principalmente, se o valor da marca não deveria ser mensurado à parte, sendo adicionado ao da empresa.

Via de regra, a resposta é não, pois os ativos intangíveis e a marca contribuem para a geração dos lucros e fluxos de caixa futuros. Além disso, quando se avaliam empresas por métodos que usam esses atributos (método do fluxo de caixa descontado e método dos múltiplos), o valor dos intangíveis e da marca já está contemplado e incluso.

Segundo o trecho transcrito, os ativos intangíveis e a marca contribuem para a geração de lucros e fluxos de caixa futuros e quando se avaliam empresas pelos métodos do fluxo de caixa descontado e método dos múltiplos, o valor dos intangíveis e da marca já está contemplado e incluso.

O texto acima transcrito aborda métodos de avaliação de empresas e se refere ao método do fluxo de caixa descontado e método dos múltiplos.

Ao se utilizar um desses métodos para avaliação de empresas, segundo o que se extrai do conceito econômico abordado, o valor do fundo de comércio e dos intangíveis estaria espelhado no resultado obtido.

Apesar dos conceitos acima expressos, não podemos nos olvidar que **para efeitos fiscais**, devemos considerar a existência dos dois fundamentos econômicos citados:

- a) fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas;
- b) valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros

Como requisito essencial para a amortização do ágio, com base na expectativa de resultados futuros, o § 3º do art. 20 do Del 1598/77 dispõe:

§ 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.

A recorrente argumenta que fundamentou o ágio apurado com base na expectativa de resultados futuros e apresentou para o ágio apurado pela empresa Origem e Antuérpia documentação que adiante se aborda.

Assim, temos que analisar se o documento relativo à demonstração do fundamento do método utilizado para apurar a rentabilidade futura atende ou não aos requisitos, de forma a permitir ou não a amortização dos ágios.

A autuada apresentou para fundamentar o lançamento do ágio na Origem e Antuérpia cópia da carta da empresa “Patrimônio Investimentos e Participações”, datada de 20.12.1998, de fls. 1893/1894, dirigida ao Comitê de Investimentos de Fundos, The Brazil Private Equity Fund e Patrimônio Brasil Private Equity FMIA CL, por meio da qual dá conhecimento do resultado do trabalho da empresa de consultoria Booz-Alen & Hamilton, feito a pedido da empresa Patrimônio, sobre o mercado brasileiro de análises clínicas.

Consta nessa carta que foi realizada uma análise financeira da empresa Delboni-Auriemo, que permite estabelecer com razoável precisão os fluxos financeiros futuros que se espera da empresa. Diz a correspondência que pelas conclusões do relatório intitulado “Medicam Diagnostic Center – Market Assessment”, que o mercado de análises clínicas no Brasil começa a atravessar uma fase de mudanças e apresenta uma grande oportunidade de investimento tendo em vista a expectativa de retorno no médio prazo e, com base na análise financeira da empresa *target* foi possível estabelecer uma margem de EBITDA de 14% a 17%, com o market share de 20% a 23,9% e uma redução de custos da ordem de 11% a 17%.

Consta ainda no texto dessa correspondência, que, em face do cenário descrito pela consultoria, **das projeções financeiras realizadas e do fluxo de caixa descontado** da empresa *target*, a avaliação da aquisição da participação societária é de até R\$ 90 milhões e que, o valor justifica-se plenamente pela expectativa da rentabilidade futura do empreendimento e que pode garantir um nível de retorno adequado ao investimento a ser efetuado considerando os riscos assumidos. O relatório e as planilhas de cálculos de projeção financeira e fluxo de caixa foram escritos na língua inglesa e com a impugnação foram apresentadas planilhas traduzidas.

Verifica-se que a correspondência não indica quanto de participação societária seria adquirida, ou seja, se R\$ 90 milhões equivalem a 49% da participação ou se equivale a 100% da participação. Se R\$ 90 milhões correspondessem a 49%, então a D-A teria sido avaliada em mais de R\$ 180 milhões, sem que tivesse sido apresentada qualquer documentação relativa à apuração desse valor. Também não indica como esse valor foi obtido. Assim, entendo que os R\$ 90 milhões se referem ao valor total da empresa.

Entretanto, o fluxo de caixa descontado apresentado, obtido com base no EBITDA menos impostos (IRPJ/CSLL), investimentos em bens de capital e alterações no capital de giro, e levando em conta a taxa de desconto de 20% ao ano e o crescimento

permanente de 7%, foi apurado o fluxo de caixa descontado a valor presente, na importância de R\$ 106.831.000,00, conforme planilha de fls. 2544.

A fiscalização entendeu que o documento não demonstra onde estão confirmadas na realidade específica da empresa D-A, elementos tais como contratos futuros, valores a receber, e outros elementos que demonstrassem de forma inequívoca esta Rentabilidade Futura. A empresa não forneceu apesar de intimado, os seguintes elementos:

- Cálculo do ágio;
- Análise de sensibilidade para as principais variáveis de risco do fluxo de caixa;
- Premissas de cálculo e projeção das variáveis de risco do fluxo de caixa, principalmente o preço de venda dos serviços, o volume de vendas de serviços, composição e evolução do mix de serviços, custos dos serviços, despesas operacionais gerais administrativas e de vendas; e investimentos em ativos imobilizados;
- Premissas utilizadas para o cálculo da taxa de desconto do fluxo de caixa;
- A fiscalização elaborou demonstrativo de fls. 2083, que mostra as evoluções consideradas pela contribuinte nas planilhas apresentadas, para as quais não foram apresentados critérios utilizados em sua geração.

Constata-se que a empresa elaborou projeções financeiras para os anos de 1999 a 2003 e utilizou o método do fluxo de caixa descontado. Esse método parte do pressuposto que o valor econômico de uma empresa é determinado pela geração futura de lucros.

O EBITDA foi obtido deduzindo-se do lucro bruto projetado, os dispêndios com venda e distribuição, despesas gerais e administrativas e o resultado financeiro operacional líquido.

Para a elaboração das projeções financeiras são importantes além do histórico de performance da empresa, as premissas para a elaboração do fluxo de caixa tais como do volume de vendas dos produtos, preços e custos de produção, estimativa de despesas operacionais, composição de endividamento e custo de capital de terceiros, investimentos em ativo fixo, capital de giro, cenário macroeconômico, taxa de desconto, o custo médio ponderado de capital (WAC) etc.

A recorrente apresenta uma planilha, denominada demonstração de resultado de fls. 2497/2498, com previsão do total de vendas, da venda bruta, da venda líquida, do lucro bruto, do EBITDA, do lucro operacional, do lucro antes dos impostos e do lucro líquido, para os anos de 1999 a 2003. Também apresenta essas informações em termos de margens. Evidencia que o lucro líquido corresponde a 3,2% das vendas brutas em 1999, 10% em 2000, 12,5% em 2001, 14,4% em 2002 e 15,9% em 2003.

A seguir desdobra a demonstração de resultado (fls. 2499), onde indica o valor do total de vendas dividido entre as Unidades existentes e as Unidades novas, e projeta o nº. de exames e o preço médio de um exame, o nº. de clientes, de exames por cliente, de unidades e o nº. médio de clientes por unidade. Também desdobra o nº. de exames por imagem e exames clínicos e indica a participação no mercado calculada com base na Receita Bruta das

Unidades existentes e das novas Unidades e a participação no mercado calculada com base no nº. de exames.

Após explicou com base nesses mesmos elementos como chegou à receita de vendas das Unidades existentes e das Unidades novas (fls. 2500/2508).

Uma das notas contidas na planilha indica que as Unidades ambulatoriais da empresa trabalham a plena capacidade, mas, que alguns aspectos precisariam ser melhorados com novo projeto de fluxo de trabalho e procedimentos triviais, como ampliação do horário de atendimento e atendimento aos domingos. Alternativamente, o crescimento das Unidades existentes somente poderia ser alcançado com investimento, tal como a introdução de equipamentos por imagem e, para tanto seria necessário adquirir os equipamentos e também remodelar as Unidades para recebê-los. Dividiu as Unidades em três grupos diferentes, as de imagem completa, as de exames clínicos e as de imagem básica e exames clínicos e efetuou projeções para os três tipos, inclusive informou os novos exames por imagem, considerando a entrada em operação de equipamentos com início de operação no ano 1, 2 e 3.

Também observou que o preço projetado dos exames clínicos baseia-se no estudo de Booz-Allen, mas, ressaltou que a redução esperada nos preços não ocorreria nos próximos dois anos devido à concorrência ainda incipiente e aos impactos da desvalorização totalmente absorvidos pelos laboratórios sem aumento de preço. Também informa que não esperam redução de preços nos exames por imagem por causa da baixa concorrência, enormes barreiras à entrada e produtos cada vez mais tecnológicos que permitirão que os laboratórios cobrem pelo menos o mesmo preço. O aumento do nº. de clientes seria determinado pelo crescimento do mercado. Em 1999 também haveria impactos da consolidação da Unidade do Tatuapé, aberta em 1998 e a reformulação da Unidade Brasil, com a absorção da casa vizinha.

Em relação às novas Unidades projetou seu nº. por ano de início de operação. Mostrou a composição das vendas, pelo nº. de exames, preço médio de um exame, e nº. médio de clientes por Unidade. Desdobrou em exames clínicos e por imagem.

Após, efetuou a projeção do custo de serviços prestados (fls. 2509/2511), considerando os materiais (reagentes) desdobrados em materiais diretos e indiretos, pessoal e outros custos. Assumiu no modelo que a matéria prima responde por 80% do custo do reagente e os restantes 20% constituem caixa para o financiamento dos equipamentos; que 100% do custo da matéria prima estão vinculados ao nº. de exames realizados, ajustados pela taxa de câmbio, já que são importados; que o custo dos equipamentos é fixo, independente do nº. de exames realizados, a menos que seja necessário aumentar a capacidade do Laboratório Central; que o modelo está monitorando o uso da capacidade do Laboratório no Balanço Patrimonial para levar em conta o novo CAPEX; que os materiais indiretos têm um custo unitário fixo por exame.

Em relação a pessoal, efetua o desdobramento em remuneração, benefícios e encargos previdenciários. Na remuneração incluiu os salários, horas extras e bônus. Como benefícios considerou 39,8% como percentual da remuneração, para plano de saúde, vale transporte, ticket refeição e outros. Como encargos previdenciários considerou 85,6% da remuneração. Após projeta outros custos, considerando os encargos de locação, os equipamentos, os serviços de terceiros, transporte e logística, serviços públicos e outros. Desdobra cada um desses itens.

Depois efetua a projeção das vendas e distribuição (fls. 2513), levando em conta transporte/logística e marketing e a seguir, projeta as despesas gerais e administrativas (fls. 2514/2515), assim consideradas, as despesas com pessoal, impostos e outras despesas.

Também projeta o resultado financeiro operacional, assim consideradas as despesas bancárias, a CPMF e considerou a provisão para devedores duvidosos e os descontos recebidos como “zero”. Após projetou a depreciação e amortização. Desdobrou-as em contabilizadas ao custo, contabilizadas pela despesa e nova depreciação. Para a nova depreciação estabeleceu o Capex anual, o acumulado e calculou a taxa de depreciação de 12% ao ano. Ainda projetou o resultado de despesas e receitas de juros. Não projetou o resultado operacional. Efetuou provisão para previdência e para imposto de renda. Essas informações estão contidas no doc. de fls. 2516/2517.

Projeta o Balanço Patrimonial. Inicia com o ativo circulante e de longo prazo e o ativo permanente. Em relação ao ativo permanente projeta zero de investimentos e projeta o ativo fixo e diferido. Idem para passivo circulante e de longo prazo. Calcula o passivo circulante e de longo prazo. Projeta o patrimônio líquido levando em conta que o capital passa de R\$ 3.073 mil em 1998 para R\$ 48.405 mil. Calcula reserva de lucros/impactos inflacionários de R\$ 749 mil, lucros acumulados e resultado do exercício, de R\$ 2.622,9 mil em 1999, R\$ 13.075,5 em 2000, R\$ 25.711,5 mil em 2001, R\$ 42.593,8 mil em 2002 e R\$ 62,893,3 mil em 2003. (fls. 2542).

A seguir desdobra o Balanço Patrimonial (fls. 2.552/2556). Prevê o ativo fixo e diferido ao custo, a depreciação/amortização acumulada. Projeta os acréscimos a ativo fixo e diferido, composto de CAPEX mínimo, novos equipamentos para unidades existentes, remodelação de equipamentos, expansão do laboratório central, nova unidade de imagem completa, nova unidade voltada para exames clínicos e nova unidade mista. Desdobra cada um desses itens.

Em relação a uso e origem de recursos (fls. 2543), parte do lucro líquido, adiciona a depreciação e amortização, faz ajustes de alteração de capital de giro e obtém o caixa operacional. Após faz ajustes de alterações em contas de longo prazo, calcula os investimentos em bens de capital (ativo fixo e diferido) e obtém o fluxo de caixa após investimento. Depois leva em conta principalmente o aumento de capital de R\$ 45.333 mil no ano de 1999 e obtém as alterações de saldo de caixa (diferença de saldo de caixa inicial e final). Obtém as alterações de saldo de caixa, positivo em R\$ 23.759,8 mil em 1999, de R\$ 17.903,2 mil em 2002 e de R\$ 40.107 mil em 2003 e negativo em 2001 e 2002.

Em seguida, trata da Valoração (fls. 2544). A partir dos valores apurados do EBITDA, exclui os impostos, os investimentos em ativo fixo e diferido e as alterações no capital de giro e obtém fluxo de caixa negativo de 1999 a 2001 e positivo em 2002 no valor de R\$ 18.598 mil e R\$ 38.929 mil e o fluxo de caixa perpétuo calcula-o em R\$ 299.383 mil.

Conforme já mencionado, utilizou no método do fluxo de caixa descontado à taxa de desconto de 20%, crescimento permanente de 7%, múltiplo de desconto de 1,2 em 1999, 1,4 em 2000, 1,7 em 2001, 2,1 em 2002 e 2,5 em 2003 e perpétuo de 3. Obteve o fluxo de caixa descontado negativo nos anos de 1999 a 2001 e positivo em R\$ 8.969,2 mil em 2002 e R\$ 15.641 mil em 2003 e perpétuo de R\$ 100.262,8 mil. Total do fluxo de caixa descontado: R\$ 106.831 mil.

Das planilhas traduzidas para a língua portuguesa apresentadas, cuja apertada síntese consta acima, se constata que o contribuinte projetou os diversos componentes de uma

demonstração de resultado, explicitou algumas premissas, mas não todas. Por exemplo, porque utilizou a taxa de desconto de 20%, porque adotou crescimento permanente de 7%, quais foram as premissas para diversas variáveis. Nas planilhas constam algumas notas explicativas e também há referências de que utilizou para o estabelecimento dos preços, o estudo de Booz Allen.

Das informações contidas no Parecer de especialista da FGV trazido aos autos, se destaca algumas informações, a seguir especificadas.

Observa que “a rentabilidade futura que decorre de um modelo de negócios, do investimento feito na aquisição de participação acionária e da capacidade de o gestor do fundo *private equity* induzir pela via da governança que exercerá na empresa, é na verdade, uma questão central na definição do valor de aquisição da participação acionária”.

Destaca que os determinantes do valor econômico da participação acionária, objeto da transação realizada e da qual resultou a figura do ágio da aquisição tem a ver, no presente caso, com:

- Modelagem de negócios assentada em visão estratégica de longo prazo;
- Rentabilidade futura da operação, considerados os investimentos feitos tanto na aquisição e aportes de capital inicial e subseqüentes no negócio;
- O processo de crescimento futuro tanto endógeno, quanto por aquisição e consolidação do negócio e novos processos de prestação de serviços no mercado;
- Do valor desse negócio no futuro quando os investidores decidirem alienar sua participação, como é usual no caso do investidor de *private equity*.

Afirma que no caso de avaliação de participações acionárias as quais por sua própria natureza dão direitos a benefícios econômicos que decorrem das operações e resultados futuros da empresa, além dos poderes de questionar para conseguir tais resultados, o entendimento dos especialistas é que tais valores são adquiridos com base nos fluxos de caixa esperados e que decorrem do direito de propriedade que seu detentor tenha sobre eles e que essa é a base para a determinação do valor da transação.

Trata das várias abordagens não mutuamente exclusivas destinadas a implementar esse conceito geral: a avaliação relativa, o fluxo de caixa descontado e a avaliação baseada em opções reais. A relativa ao fluxo de caixa descontado, diz basear-se na regra de valor presente dos fluxos de caixa a que o valor mobiliário terá direito no futuro, no risco desses fluxos de caixa esperados bem como da taxa de juros associada aos prazos e riscos desses fluxos. A avaliação relativa baseia-se na comparação entre o valor mobiliário objeto da avaliação e outros valores mobiliários comparáveis, referenciados a variáveis comuns a ambos: os lucros gerados, fluxos de caixa, valor contábil, receitas etc. A Avaliação é operacionalizada por meio de múltiplos tais como a relação preço/lucro do valor mobiliário; preço/valor patrimonial da ação; preço/fluxos de caixa; preço/dividendos; valor de mercado/valor de reposição dos ativos.

Ressalta que um tipo de comparação ou teste de consistência que interessa no presente caso é aquela entre a abordagem do valor presente dos fluxos de caixa futuros e a avaliação baseada em múltiplos de fluxos de caixa, e que a documentação apresentada faz referência aos dois métodos.

Faz referência ao relatório da Consultoria Booz Allen & Hamilton, que consolida na sua “Seção A Economic Model” todas as premissas do modelo de negócio proposto e indica o valor da D-A baseado no múltiplo, de valor 5 de EBITDA. Diz ser esse múltiplo uma referência muito comum na literatura e casos que tratam de negócios em Private Equity e Venture Capital, muito embora valores mais baixos, entre 3,5 e 4,5 vezes sejam mais típicos para empreendimentos intensivos em capital.

Cita Breakey e Myers (2002), pg. 76, de seu livro “*Principles of Corporate Finance*”, que afirmaram que múltiplos de resultado, EBITDA, por exemplo, são bons indicadores para se avaliar uma empresa que não possui ações transacionadas em bolsa. Afirma que empresas com lucratividade, riscos e oportunidades de crescimento semelhantes e que possuem ações transacionadas em bolsa podem ser bons balizadores.

Ressalta que o mais importante aspecto do múltiplo seja de fluxo de caixa disponível para os acionistas (FCFE), disponível para a empresa (FCFF) ou múltiplos de medidas mais simplificadas e fáceis de obter, tais como EBIT ou EBITDA, é que o múltiplo pode ser desagregado nos seus componentes fundamentais e avaliado sobre vários aspectos.

Conclui que adotando-se as abordagens do fluxo de caixa descontado ou de avaliação relativa por meio de múltiplos comparáveis, se está tratando, de fato, de avaliar a participação acionária com base na rentabilidade futura dos investimentos já existentes daqueles realizados no momento da aquisição e rentabilidade dos investimentos futuros necessários ao crescimento da empresa.

Considera o EBITDA (LAJIRDA: Lucro antes dos Juros, depreciação e amortização, na literatura nacional), uma métrica de obtenção, por método indireto, do fluxo de caixa das atividades operacionais da empresa, pois, parte-se do lucro líquido e adicionam-se e subtraem-se itens que afetam o lucro operacional, mas não o caixa da empresa, e dos que afetam o caixa, mas não o lucro, de forma que, os EBITDAs atuais e projetados refletem os resultados atuais que permanecerão no futuro, e os resultados futuros produzidos por investimentos a serem feitos segundo plano de negócios da empresa e o cumprimento das expectativas e projeções nele expressas pelos administradores, sendo, pois um dos critérios válidos para a avaliação de empresas.

Acrescenta que para a projeção com exatidão do fluxo de caixa das atividades operacionais da empresa, sempre sujeita às incertezas inerentes a qualquer trabalho de planejamento que envolva previsão de negócios é preciso utilizar outro instrumento preparado pelo gestor de fundos, Patrimônio Investimentos e Participações Ltda., que é a projeção e demonstração de resultado complementado por suas notas explicativas e hipóteses de projeção de elementos operacionais, variação do capital circulante líquido e investimentos de capital (CAPEX), que foi submetido ao exame.

O especialista afirmou que os documentos apresentados permitiram avaliar adequadamente e aquilatar com razoável aproximação, o valor das ações transacionadas com base na previsão dos resultados (ebitdas, noplats, fluxos de caixa operacionais).

Conclui que considerada a natureza do investidor de *private equity* e seus métodos operacionais, a modelagem de negócios de medicina diagnóstica que deu suporte à sua decisão de investimento, a fundamentação do ágio se baseou em previsão de resultados de exercícios futuros. Registra que a empresa realizou de fato, com base nos documentos que foram apresentados, um exercício minucioso de previsão de resultados futuros com base em um plano estratégico, visão de negócio e estimativa de receitas, custos de serviços, despesas

operacionais e necessidades de investimento futuros para que fosse obtida uma estimativa do valor da transação de compra e venda daquela participação acionária.

O parecerista procedeu à avaliação partindo de duas métricas de resultados futuros, o EBIT, Resultados antes de juros e impostos sobre resultados projetados para os anos de 1999 a 2003, utilizando-se das previsões de resultados futuros do documento apresentado, e o NOPLAT que representa os resultados operacionais futuros previstos EBIT menos a alíquota de 33% de tributos que incide sobre eles. Para se obter o fluxo de caixa livre – FCFF, produzido pelos ativos operacionais (outro resultado futuro previsto) são adicionados os valores de depreciação previstos e deduzidos os investimentos acionais em capital de giro (capital circulante líquido) e os investimentos em expansão de capacidade (Capex).

Foi adotada a taxa real de 20% considerada adequada face ao porte da empresa (pequena), às taxas reais de juros e longo prazo vigentes à época (1º e 2º semestres de 1999), ao risco internacional da carteira diversificada de investimentos no Brasil (IBX) e o risco da empresa. Explica que essa taxa é aplicada a empresa sem endividamento.

Explica que foi encontrado um valor terminal de R\$ 331,97 milhões para o empreendimento ao final de 2003 e que este valor estimado por meio do fluxo de caixa futuro descontado, apresenta implícito um múltiplo de 5,36 do NOPLAT de 2003 e um múltiplo do EBITDA de 2,92 previsto, que são múltiplos bastante típicos no mercado. Aplicando-se a técnica do valor presente, obtém-se na data da transação, o valor total de R\$ 138,68 milhões, ao qual deve ser adicionado o valor de R\$ 2,6 milhões decorrente de benefícios fiscais a serem obtidos com a dedutibilidade dos juros sobre a dívida para o cálculo do valor tributável. O valor total da empresa atingiria a casa dos R\$ 141,29 milhões e a participação de 49% poderia ser estimada em R\$ 69,23 milhões, com base em resultados futuros.

Preparou outra planilha em que foram realizados os mesmos cálculos, porém, partiu da projeção do EBITDA, excluiu os tributos, acresceu o benefício fiscal da depreciação e amortização, o aumento no capital de giro e os investimentos, para se obter o FCFF. Calcula o valor presente dos fluxos, inclusive do valor terminal e obtém o valor dos ativos operacionais de R\$ 138.681 mil idêntico à avaliação anterior. Demonstra que os mesmos valores são obtidos e conclui que o valor efetivamente pago pelos Fundos de R\$ 65.762.978,02 é 5% inferior à estimativa obtida no exercício. A taxa de desconto utilizada foi o mesmo do cálculo da valoração contida na planilha de fls. 2544.

Comparando-se a documentação apresentada pela recorrente durante a ação fiscal pelo método do fluxo de caixa descontado, que apurou o valor de R\$ 106.831.000,00, onde foi adotada a taxa de desconto de 20% e taxa de perpetuidade de 7%, com a Planilha apresentada no Parecer do Prof. Cláudio Vilar Furtado, relativa ao cálculo do FCFF, esta apresenta o valor dos ativos operacionais de R\$ 138.681.000,00.

Analisando-se as diferenças entre as planilhas, constata-se que ambas adotaram a taxa de desconto de 20%, entretanto, a planilha apresentada pela recorrente durante a ação fiscal apresenta a taxa de perpetuidade de 7%, enquanto que o parecerista utilizou-se da taxa de perpetuidade de 7,3%.

Destaca-se que o cálculo do fluxo de caixa descontado apresentado pela contribuinte na planilha de fls. 2544, apresenta o valor de R\$ 106.831.000,00, que é menor do que o demonstrado pelo parecerista.

Conforme exposto, o especialista partiu dos valores previstos nas planilhas, para concluir que utilizando EBITDAs, NOPLATs e fluxos de caixa operacionais, que o valor pago pelos Fundos pela aquisição da D-A é um pouco inferior à previsão dos resultados futuros.

Tendo em vista que não há legislação fiscal que determine a metodologia de avaliação a ser adotada e os requisitos que devem ser atendidos, levando em conta as planilhas apresentadas pela contribuinte cuja síntese foi explicitada acima, considerando que apesar de parte das premissas e de algumas variáveis não terem sido explicitadas, a fiscalização não infirmou essas premissas e variáveis (por que a taxa de desconto de 20% não seria adequada? por que a taxa de perpetuidade não poderia ser 7%? etc), levando em conta ainda as informações contidas no parecer mencionado que confirma que a metodologia adotada no relatório Booz-Allen traduz a expectativa de resultados futuros, considero, que o documento apresentado à fiscalização e arquivado para demonstrar a avaliação da empresa D-A, pelo método do fluxo de caixa descontado corresponde a R\$ 106.831.000,00.

Não adoto o valor apurado pelo parecerista com base nas metodologias mencionadas no parecer, uma vez que ainda que os mesmos números dos demonstrativos apresentados permitam chegar a valor superior ao apontado na documentação, considero que deve prevalecer a documentação apresentada pela empresa, arquivada como demonstração da apuração do ágio pelo método da expectativa de rentabilidade futura, uma vez que pequenas alterações nas premissas podem gerar valores diferentes, maiores ou menores do que o apurado, como por exemplo, a taxa de perpetuidade, que o parecerista utiliza 7,3% enquanto a documentação apresentada pela recorrente indica 7%, razão pela qual, deve neste caso específico prevalecer o documento arquivado para efeitos fiscais.

Voltando ao ilícito fiscal, de que trata o item 3 do Termo de Constatação Fiscal, verifica-se que a fiscalização desconsiderou a documentação apresentada para a fundamentação econômica do ágio, mas, não fez qualquer restrição entre o valor apurado de ágio e o valor que a documentação suporta.

Também, na descrição do ilícito fiscal, os autuantes não fizeram qualquer restrição ao fato da mesma documentação ter sido utilizada para fundamentar o ágio formado quando da aquisição das cotas da Delboni-Auriemo pela ORIGEM e quando a participação acionária foi adquirida pela ANTUÉRPIA, ao integralizar o capital da Delboni-Auriemo.

Assim, deixo de verificar se o valor de avaliação da empresa de R\$ 106.831.000,00 é suficiente para suportar o ágio apurado pela recorrente e também deixo de me manifestar em relação ao fato da mesma documentação ter sido utilizada para fundamentar o ágio nas duas operações citadas.

Consequentemente deve ser considerada improcedente a glosa da amortização do ágio relacionada com as empresas ORIGEM e ANTUÉRPIA.

CANTALÓN

Verifica-se no auto de infração que a fiscalização glosou 2/60 de ágio apurado pela empresa Cantalon em 1999 e 1/60 por mês até 2003, ou seja, pelas informações da fiscalização, quando a D-A incorporou a Cantalon (30/08/2000), esta já amortizava o ágio.

A diligência foi determinada para ampliação da compreensão sobre a amortização do ágio contabilizado na empresa Cantalon e um dos pontos a esclarecer se refere

aos fatores que levaram a empresa Cantalon a amortizar o ágio de novembro de 1999 a agosto de 2000.

Consta no Relatório Fiscal relativo à diligência, às fls. 3986, que a contribuinte explicou em sua correspondência de fls. 3782 que a amortização realizada pela Cantalon, nesse período, não produziu efeitos fiscais na mesma, pois teria sido adicionada na apuração do IRPJ e da CSLL. A autoridade que realizou a diligência, assim se manifestou a respeito:

De fato, diante dos elementos apresentados, parece que a amortização do ágio foi mesmo adicionada na apuração do lucro real da CANTALON, provavelmente pelo fato de que tal amortização seria indiferente para a CANTALON, por não apresentar resultado operacional tributável, posto que esta empresa não existiu de fato, prestando-se tão somente à manobra jurídica que transportou o ágio gerado na aquisição da LAVOISIER para a DELBONI AURIEMO.

Por outro lado, no fato que é de real interesse aos autos, a DELBONI AURIEMO não adicionou ao lucro real as parcelas das amortizações do ágio contabilizado por ocasião da incorporação da CANTALON, obtendo assim vantagens tributárias indevidas, ensejando a correta glosa efetuada pela autoridade lançadora.

Na manifestação sobre o Relatório Fiscal da diligência, consta que a alegação da fiscalização não se sustenta, pois a adição das contrapartidas de amortização de ágio na parte A do LALUR era obrigatória, pois não houvera ocorrido qualquer incorporação até aquele momento, que não há prova nos autos de que Cantalon não teria existido e que inexistiu qualquer manobra jurídica.

Do exposto, concluo que deve ser excluído do lançamento o valor glosado relativo a 2/60 para o ano-calendário de 1999, no valor de R\$ 1.118.727,90 e de 8/60, no valor de R\$ 4.474.911,60 (mensal de R\$ 559.363,95) no ano-calendário de 2000, uma vez que se refere a período anterior à incorporação conjunta da empresa Cantalon e Lavoisier pela D-A, cujo valor foi acrescido na parte A do Lalur da Cantalon, não gerando qualquer valor sujeito a tributação, uma vez que a D-A passou a amortizar o ágio mensal de R\$ 559.363,95 a partir do mês de setembro de 2000.

Passamos a apreciar a discussão sobre a amortização do ágio de 1/60 a partir de setembro de 2000. Registre-se que no auto de infração e respectivos termos que o acompanham não há acusação fiscal de inexistência da Cantalon.

Do Termo de Constatação Fiscal de fls. 2088/2090 extraímos as seguintes informações:

“...constatamos, ao examinar o ano-calendário de 1999, exercício de 2000, diversas operações de incorporações, cujo escopo seria a redução da base de cálculo do IRPJ e CSLL, em função de contabilização de ágio, como minudenciado no Termo entregue ao representante da fiscalizada no dia 04 de maio p.p.

Critério idêntico foi utilizado com relação às operações de constituição e incorporação da empresa Cantalon S.A. fato este,

inclusive admitido em carta datada de 05 de maio, cópia em apenso, in verbis:

‘Referente: Ágio Cantalon S.A.

No curso da ação fiscal na Diagnósticos da América S/A (CNPJ ...), informamos que os elementos fornecidos em 03.09.03 e 16.04.04, são os mesmos utilizados pela Companhia nas projeções de resultado para justificativa do ágio em referência em razão de rentabilidade futura’.

A seguir, a autoridade fiscal relaciona a sequência das operações que teriam sido criadas para economia tributária, de onde se extrai que (i) a empresa Cantalon S/A foi constituída em 12.08.99, com capital de R\$ 1.000,00 sendo o sócio majoritário a empresa Patrimônio Participações, (ii) em 07.10.99, foi aumentado o capital para R\$ 33.562.837,00, e se permuta ações de titularidade da Companhia (realização de permuta da totalidade das ações detidas pela Cia. Representativas do capital social das sociedades Javari S/A e Solimões) pelo total das ações representativas do capital social da Bio-Ciência/Lavoisier Análises Clínicas S/A, (iii) em 18.10.99, retifica-se a ata de 07.10.99, alterando o aumento de capital para R\$ 27.456.261,70, (iv) em 29.10.99, o Sr. Auriemo é eleito para as atividades de diretoria, (v) em 30.08.2000, pela Ata da AGE da D-A, se aprovou os laudos de avaliação elaborados pela KPMG de 21.08.2000 e dos protocolos de justificação da incorporação das sociedades Cantalon e Lavoisier.

Após, a autoridade lançadora afirma que a contribuinte infringiu os dispositivos legais insertos no § 2º, “b” do art. 20 do DL 1598/77 c/c § 3º do citado artigo, além do art. 7º e 8º da Lei 9.532/97, alterado pela Lei 9.718/98.

Nada de mais relevante é acrescentado no Termo de Constatação Fiscal.

Quais seriam os elementos fornecidos nas datas citadas que foram utilizados pela Companhia nas projeções de resultado para justificativa do ágio?

A recorrente alega que na correspondência, quis dizer que o ágio foi calculado com base nos mesmos elementos considerados para o cômputo dos ágios pagos por ORIGEM e ANTUÉRPPIA com relação ao Laboratório Clínico Delboni Auriemo S/C Ltda, ou seja, a expectativa de rentabilidade futura, e que tais demonstrativos foram elaborados segundo os mesmos elementos ou parâmetros metodológicos.

A recorrente alega ainda que não foi intimada a apresentar a documentação relativa à formação e fundamento econômico do ágio. De fato, não localizei nos autos nenhuma intimação fiscal que diga respeito a esse assunto.

Se a fiscalização simplesmente não aprofundou a investigação fiscal por entender que aqueles elementos que já entendia não serem adequados (metodologia) para justificar o ágio apurado pelas empresas Origem e Antuérpia na aquisição da participação acionária da Delboni-Auriemo, não poderiam também justificar o ágio apurado pela Cantalón na aquisição da participação acionária da empresa Lavoisier, então, pela apreciação dessa matéria, com decisão favorável à recorrente, conforme acima já explanado, em consequência, a metodologia adotada também estaria confirmada como favorável à recorrente.

Caso tenha entendido que a contribuinte pretendeu dizer que os demonstrativos utilizados para comprovar o ágio e fundamento econômico relacionado com ágio pago pelas empresas ORIGEM e ANTUÉRPIA, seriam exatamente os mesmos para a comprovação da formação do ágio e fundamento econômico pagos pela empresa CANTALON, deveria ter esclarecido que essa documentação se referia à aquisição da participação acionária da Delboni-Auriemo, razão pela qual não poderia ser a mesma da aquisição da Lavoisier pela Cantalon. Entretanto, esse esclarecimento não constou nos autos.

Assim, se nos autos não consta que tenha sido expedida intimação formal, e se não se sabe exatamente o que foi solicitado (verbalmente) ao sujeito passivo durante a ação fiscal, e se a fiscalização explicou superficialmente a infração tida como cometida, tanto que a antiga Sétima Câmara determinou a realização de uma diligência para melhor entendimento da acusação fiscal, ocasião em que inclusive poderia ter sido juntada a intimação fiscal, caso existisse, entendo que deve ser aplicado o art. 112, II do CTN, a seguir transcrito:

Art. 112. A lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidades, interpreta-se da maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida quanto:

I - à capitulação legal do fato;

II - à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos;

III - à autoria, imputabilidade, ou punibilidade;

IV - à natureza da penalidade aplicável, ou à sua graduação.

Deixo de apreciar a documentação apresentada na diligência, porque não consta nos autos que essa documentação tenha sido solicitada durante a ação fiscal, e por não ser necessária à solução da lide, em razão das explicações supra citadas.

Consequentemente deve ser considerada improcedente a glosa de amortização do ágio relacionada com a aquisição da participação acionária da empresa Lavoisier, pela empresa Cantalon, posteriormente incorporadas, em conjunto, pela Delboni-Auriemo.

CSLL – amortização do ágio

Uma vez tendo sido considerada improcedente a glosa de ágio, para efeito de exigência do IRPJ, também é improcedente o lançamento da CSLL relacionado com esse item, em razão dos fatos serem os mesmos.

Deixo de apreciar os argumentos relativos à vedação ou não da dedutibilidade do ágio, para fins de apuração da CSLL, uma vez que não são necessários para solução do litígio.

Infração nº 01 – glosa de despesas – serviços de terceiros diversos – TC de 30.07.2003, fls. 13/15, enquadramento legal: art. 299 do RIR e §§ 1º e 2º e o Parecer Normativo 58/77

a) Falta de comprovação das despesas e/ou lançamento em duplicidade – despesas relacionadas às fls. 22 a 24

Como a fiscalização não identificou quais foram as despesas não comprovadas e quais foram as despesas lançadas em duplicidade, e/ou ambas, considerarei como comprovadas as despesas relativas aos comprovantes apresentados, desde que referentes ao período mencionado no auto de infração e desde que esses comprovantes não tenham sido apresentados em duplicidade na impugnação.

Dessa forma considero comprovadas as despesas relativas aos documentos nº 19 e 20, no valor de R\$ 101,00, serviços de motoboy que integram diversos centros de custos (cópia de nota fiscal nº 1149, fls. 2.790 e 2.795, emitida em 17/03/99 por R'S Express Comércio e Serviço Ltda. – me, no valor total de R\$ 556,25), de nº 21 no valor de R\$ 1.018,37, emitida pela KPMG de um único centro de custos, de locomoção da equipe nas visitas realizadas, doc. 22 no valor de R\$ 15.000,00 (R\$ 14.775,00 + R\$ 225,00 de IRRF), doc. 24 no valor de R\$ 14.000,00 (R\$ 13.790,00 + R\$ 210,00 de IRRF), emitidas pela KPMG, sendo os dois últimos relativos a dois centros de custos, que se referem a honorários por serviços prestados e exame de demonstrações financeiras de 31.12.98, conforme notas fiscais e correspondências da KPMG. Não acolho os docs. 23 e 25 porque são idênticos aos de docs. 22 e 24. Também não aceito a comprovação relativa ao doc. 18, no valor de R\$ 441,72, uma vez que o documento apresentado não se refere ao mês de janeiro.

Os valores considerados comprovados totalizam R\$ 30.119,37. Não tenho elementos para afirmar que tais despesas não tenham incorrido.

No recurso, a contribuinte reitera a diligência para que os demais comprovantes sejam identificados em sua contabilidade, entretanto, entendo que a mesma é desnecessária, pois, esses comprovantes poderiam ter sido trazidos aos autos pela mesma.

Quanto às despesas relacionadas às fls. 16 a 21, no valor total de R\$ 762.484,14, a razão da glosa é de que as mesmas se caracterizam ora como benfeitorias nos imóveis locados que deveriam ser ativadas, ora como liberalidade ou cuja comprovação da efetiva prestação do serviço foi insuficiente. A fiscalização não identificou na relação mencionada quais as despesas se referem a benfeitorias nos imóveis locados, quais se referem a mera liberalidade e quais se referem a comprovação insuficiente de que o serviço foi prestado.

As relações mencionadas identificam apenas o beneficiário do pagamento, o CNPJ/CPF, o tipo de documento, a data, o valor, em cada mês. A fiscalização juntou cópias de comprovantes de fls. 36 a 295. Ou seja, as despesas estão relacionadas, mas não se consegue identificar a razão da glosa de cada item glosado.

Nos termos do art. 149 do CTN, o lançamento não pode ser impreciso. Conseqüentemente, dou provimento ao recurso em relação a esse item.

Portanto, em relação à infração 1, deve ser excluído da glosa o valor de R\$ 792.603,51 (R\$ 762.484,14 + R\$ 30.119,37).

Infração 2 – glosa de custos e despesas por falta da comprovação da necessidade – Termo de Constatação de 25.09.2003, de fls. 428/429.

Embora no corpo do auto de infração a glosa de custos ou despesas de publicidade e propaganda tenha sido consignada como não comprovados, no Termo de Constatação Fiscal de fls. 428/429, verifica-se que a glosa ocorreu por falta de justificativa

quanto à necessidade e finalidade do desembolso, tendo o fundamento legal sido enquadrado no art. 299 e parágrafos, do RIR. O valor da glosa corresponde a R\$ 40.590,00

Nesse Termo de Constatação consta que foram solicitados os documentos que embasaram os lançamentos efetuados à conta 412.314 – publicidade e propaganda e que a empresa apresentou complemento documental de quatro empresas, conforme contratos que integram o documentário fiscal e que ainda assim, permaneceram sem a devida explicação lançamentos que integram a planilha de fls. 430.

Enquadramento legal: art. 299 e parágrafos (no TCF) e art. 249, inciso I, 251 e § único, e 300 do RIR/99 (no corpo do auto de infração).

Do valor lançado, a contribuinte trouxe aos autos despesas que totalizam R\$ 39.525,00 e não R\$ 40.590,00 como indicado no recurso.

Em relação às notas fiscais relativas à Phase Publicidade no valor total de R\$ 5.200,00 foram aceitas pela fiscalização, o que não foi aceito foram as relativas à Múltipla Factoring, que comprou os direitos creditórios da Phase relativa a essas notas fiscais, fls. 305/312. Aceitar como comprovadas as despesas relativas ao pagamento à Múltipla Factoring implicaria em duplicidade das despesas.

Em relação à despesa de R\$ 10.000,00, esta se refere a **serviços prestados de assessoria e consultoria de relações públicas e imprensa** no mês de novembro de 1999 e foram apresentadas cópia da nota fiscal e cópia de depósito bancário e cópia do documento interno do cheque de pagamento. Tais notas foram emitidas pela empresa WN&P Comunicação. Constituem as fls. 3233 a 3236. Há também outras duas notas fiscais que totalizam R\$ 8.000,00, cópias de depósitos e cheques, que se referem a esses serviços e foram emitidos pela mesma empresa e constituem as fls. 3250/3259. Em relação a essas notas fiscais no valor de R\$ 18.000,00, tratando-se de serviços de assessoria e de consultoria, as provas apresentadas não são suficientes para comprovar a necessidade da despesa. Faltam os contratos que originaram essas despesas e demais elementos que demonstrassem essa necessidade.

Quanto à Nota Fiscal emitida por Tamaro Artes Gráficas no valor de R\$ 10.500,00, pela descrição aposta na nota fiscal, refere-se a produção de encartes – 136 caixas e foi apresentado o boleto bancário. Neste caso, para caracterizar a desnecessidade da despesa, a autoridade fiscal deveria ter aprofundado a investigação fiscal.

Quanto às demais despesas (9 itens) que individualmente são de pequeno valor, e que totalizam R\$ 5.825,00, a fiscalização não trouxe elementos que permitam concluir que as mesmas não são necessárias à atividade da empresa.

Portanto, devem ser excluídas da glosa as despesas no valor de R\$ 10.500,00 mais R\$ 5.825,00, que totaliza R\$ 16.325,00.

Infrações 3 e 6 – custos, despesas operacionais e encargos não necessários – conta de movimento de viagens e representações

Em relação à glosa das despesas de utilização de cartões de crédito pelos dirigentes da empresa, contabilizadas como despesas de viagens e representações, consideradas pela fiscalização como mera liberalidade, a recorrente as justifica com meras alegações e não

traz aos autos prova documental das despesas serem usuais, normais e necessárias às atividades da empresa e à manutenção da fonte produtora. Deve a glosa ser mantida.

Infrações 4 e 7: glosa de despesas com seguro de vida para os diretores e gestores e infração 5: glosa das despesas relacionadas ao seguro saúde assistência médica dos diretores e gestores – art. 360 do RIR/99.

Em relação à infração nº 7, em 24.09.2003, conforme TCF de 02.10.2003, fls. 436/437, a empresa foi intimada a informar qual o beneficiário da indenização dos seguros de vida de diretores e gestores pagos em 1999, deduzidos do lucro operacional. Analisadas as apólices da empresa Soma Seguradora, conta 412.208 – seguros diversos, constatou-se que a pessoa jurídica não é beneficiária da eventual indenização, sendo a despesa indedutível, por não ser normal e usual, para as atividades da mesma, e também porque qualquer ressarcimento não integrará o lucro real. Valor total de R\$ 16.242,61.

Em relação à infração nº 4, conforme TCF de 08.10.2003, de fls. 709/710, analisando os pagamentos constantes das cópias do Diário Auxiliar e respectivas apólices, pagas ao ITAUVIDA constatou-se que a pessoa jurídica não é igualmente beneficiária da eventual indenização das mesmas, não sendo essa despesa dedutível.

A base legal para essas duas infrações é o art. 360, art.299 e §§ do RIR/99, parecer CST 239/70, 16/76 e 2/86.

Em relação à infração nº 5, conforme TCF de 24.09.2003, fls. 424/427, 416/423, constatou a fiscalização deduções referentes ao pagamento de seguro Bradesco, para sócio e/ou diretor. Enquadramento legal da infração 5: art. 299 e parágrafos, **360**, 249, inciso I, e § único, 299 e 300 do RIR/99, **Parecer Normativo, 183/71 e PN 64/76.**

Transcrevo o art. 360 do RIR/99:

Art.360.Consideram-se despesas operacionais os gastos realizados pelas empresas com serviços de assistência médica, odontológica, farmacêutica e social, destinados indistintamente a todos os seus empregados e dirigentes (Lei nº 9.249, de 1995, art. 13, inciso V).

A contribuinte alega ter oferecido a **todos** os funcionários os seguros em pauta, tanto em relação às despesas pagas à Soma Seguradora como às empresas Itauvida e Bradesco. Para comprovar reporta-se a documentos que anexa, por amostragem, sob doc. nº 53 (3297/3320) e 54 (3323/3340).

A Turma Julgadora entendeu que tais documentos não são suficientes para a comprovação. Em relação a seguros de vida, foram apresentados os documentos sob nº 54 que se constituem de cópias simples de solicitações de pagamento, faturas e boletos bancários em favor da Sul América e Liberty Paulista Seguros, verificando-se que todos os documentos se referem ao ano de 2004, não objeto de autuação, e a outras empresas seguradoras que não a Soma seguradora e Itauvida; a cópia de fls. 3.331 contém indicação referente a seguros em grupo de veículos e imóveis; a solicitação de pagamento de fls. 3328 indica tratar-se de seguro a ser descontado em folha dos funcionários.

Quanto a seguro de assistência médica, segundo a Turma Julgadora foram **apresentados, como documento 53, cópias simples de solicitações de pagamento, boletos**

bancários em favor de Sul América, com indicação de seguro saúde e demonstrativos de faturamento, verificando-se que referem-se a janeiro a julho de 1999; não se trata da mesma seguradora em relação à qual foram pagos os seguros em favor dos sócios e diretores (Bradesco); os demonstrativos de faturamento indicam a existência de cinco planos diversos, o que denota que um mesmo plano de seguro saúde não é extensivo indistintamente a todos os funcionários; não integram os elementos apresentados qualquer prova indicativa do número de funcionários da empresa.

Concluiu que diante das inconsistências verificadas nos elementos apresentados, eles não podem ser admitidos sequer como indício de prova de que os seguros questionados, junto às empresas Soma Seguradora, Itauvida e Bradesco, seriam extensivos a todos os integrantes da empresa fiscalizada.

Entendeu não justificar a realização de diligência para a complementação de provas, pois cabia à contribuinte trazer a prova documental aos autos para justificar seus registros contábeis.

Concordo com o decidido pela Turma Julgadora.

Infração 9: Benfeitorias em imóveis pertencentes a pessoas ligadas – glosa de despesas de amortização - Termo de Constatação de 27.04.2004 (fls. 896/899) – ano-calendário de 1999; infração 12 – anos-calendário seguintes.

Trata-se de obras e serviços realizados nos imóveis locados da empresa “Terra Molhada Participações Ltda”, que não eram ressarcidos pela locadora. Os valores com as despesas com benfeitorias eram ativados e depois amortizados.

O Sr. Caio Roberto Chimenti Auriemo, foi considerado pela fiscalização como sócio administrador da empresa Terra Molhada e também participante do capital social da autuada.

Segundo a fiscalização, consoante a legislação em vigor, os custos das construções ou benfeitorias em imóveis locados de participantes nos lucros da pessoa jurídica têm que ser obrigatoriamente indenizados. Mesmo que não constasse dos contratos de locação respectivos, mas sendo a **indenização dos valores de eventuais obras obrigatória por lei**, o lançamento contábil cabível dos gastos incorridos, seria no ativo circulante ou realizável a longo prazo, já que no ativo imobilizado estariam classificados os bens próprios da empresa e acréscimos pertinentes e não os de terceiros. Conclui que é improcedente a redução do resultado de exercício sob o título de amortização referente a esses gastos.

Segundo a fiscalização, o valor glosado foi apurado de acordo com o disposto no PN CST 869/71, o qual dispõe sobre a inaplicabilidade de dedução de despesas de amortização realizadas em terrenos locados de sócios, acionistas, dirigentes, participações em lucros, ou parentes, ou dependentes. Enquadramento legal: art. 249, inciso I, 251 e § único, 299, 324, 325, item I, d, do RIR/99 e, Parecer normativo CST 869, de 25.10.71, 210 de 30.11.73, 104 de 01.10.75, CC art. 1255, Lei 6404/76, art. 179.

Inicialmente transcrevo o caput do art. 325 do RIR/99, inciso I, letra “d”:

Art. 325. Poderão ser amortizados:

I - o capital aplicado na aquisição de direitos cuja existência ou exercício tenha duração limitada, ou de bens cuja utilização pelo contribuinte tenha o prazo legal ou contratualmente limitado, tais como (Lei nº 4.506, de 1964, art. 58):

d) custos das construções ou benfeitorias em bens locados ou arrendados, ou em bens de terceiros, quando não houver direito ao recebimento de seu valor;

Portanto, não é no art. 325 do RIR/99, que se verifica a impossibilidade da amortização.

O PN CST nº 869/71, citado pela fiscalização diz que essa faculdade não se aplica às empresas que constroem em terrenos locados de seus sócios, acionistas, dirigentes, participantes nos lucros, ou respectivos parentes ou dependentes, porque a presunção legal para que a empresa goze da faculdade é a ausência, ao final do contrato de locação, do direito à recuperação dos custos despendidos nas construções ou benfeitorias, isto porque, se o locador for uma dessas pessoas, a operação de transferência de tais benfeitorias se enquadra na forma de distribuição disfarçada de lucros (art. 72 Lei 4.506).

O próprio Parecer interpreta que a possibilidade de amortização tem seu alcance restringido pela interpretação conjugada do seu texto, com as disposições do art. 251, alínea “a” do RIR/66, porque avulta a presunção legal de ilicitude na alienação gratuita das benfeitorias. O contrato entre as partes se revelaria *contra legem* ao ferir dispositivo da lei fiscal.

Referido Parecer admite que os custos das construções ou benfeitorias poderão tão-somente, sujeitar-se à depreciação normal sobre imóveis.

Após o Parecer CST nº 869/71, foi editado o DL 1.598/77, art. 60, e DL 2.065/83, art. 20, inc. II, nos quais o art. 464 do RIR/99 se fundamenta e que a seguir reproduzo o caput e incisos I, IV e V e § 3º.

Art.464.Presume-se distribuição disfarçada de lucros no negócio pelo qual a pessoa jurídica (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 60, e Decreto-Lei nº 2.065, de 1983, art. 20, inciso II):

I-aliena, por valor notoriamente inferior ao de mercado, bem do seu ativo a pessoa ligada;

VI-realiza com pessoa ligada qualquer outro negócio em condições de favorecimento, assim entendidas condições mais vantajosas para a pessoa ligada do que as que prevaleçam no mercado ou em que a pessoa jurídica contrataria com terceiros.

§3ºA prova de que o negócio foi realizado no interesse da pessoa jurídica e em condições estritamente comutativas, ou em que a pessoa jurídica contrataria com terceiros, exclui a presunção de distribuição disfarçada de lucros (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 60, §2º).

No caso, a transferência de benfeitorias em imóveis de terceiros sem o recebimento de indenização, pode ser caracterizado como alienação, por valor notoriamente

inferior ao de mercado e segundo o art. 464, I, do RIR/99, presume-se distribuição disfarçada de lucros no negócio quando a pessoa jurídica aliena por valor inferior ao de mercado, bem do seu ativo a pessoa ligada.

Mas, na situação dos autos, não houve ainda a transferência de benfeitorias, pois o contrato não estava encerrado, o que houve foram gastos com benfeitorias em imóveis locados, cujos contratos não prevêm a indenização das mesmas, portanto, não se pode acusar a empresa de ter distribuído lucros disfarçadamente, inclusive não é esta a acusação fiscal, apenas não se pode permitir a amortização desses gastos, porque se a transferência de benfeitorias sem indenização caracteriza a presunção legal de distribuição disfarçada de lucros, não teria sentido permitir-se a amortização das benfeitorias de que trata o art. 325 do RIR/99, conforme item 6 do Parecer citado, cujo trecho transcrevo:

6. Ainda que, na defesa de tese oposta, alegue-se a existência de um acordo de vontades, do qual se afirme constituir lei entre as partes, o argumento perde sua validade, uma vez que tal contrato se revela contra legem ao ferir dispositivo da lei fiscal.

Resta saber se a empresa Terra Molhada é pessoa jurídica ligada à recorrente. A empresa Terra Molhada não é sócia de D-A, mas, tem como sócio o Sr. Auriemo, que por sua vez até parte do ano de 1999 também era sócio da D-A e depois essa mesma pessoa passa a ser sócio da empresa Balu que por sua vez participa no capital da D-A. Ambas empresas são administradas pelo Sr. Auriemo.

Conforme informa o voto da Turma Julgadora, alguns dos contratos de locação foram inicialmente celebrados entre o locador Sr. Auriemo e a D-A e que somente em abril de 2003, por instrumento particular foram transferidos os direitos e obrigações à empresa Terra Molhada (embora haja documentos particulares, em que consta que em meados de 1999 houve a cessão, por parte de Auriemo, e transferência à cessionária, Terra Molhada, de todos os direitos e obrigações dos contratos particulares originalmente celebrados). Também há um imóvel que indica como locadora e locatária as empresas Terra Molhada e D-A, ambas representadas pelo Sr. Auriemo. Ou seja, o Sr. Auriemo, administrava ambas as sociedades, e pelo menos para parte dos imóveis, até meados de 2003, o próprio Auriemo é o locador, uma vez que o aditamento contratual somente foi celebrado em meados de 2003.

Para os imóveis, cujos contratos foram celebrados originalmente com o Sr. Auriemo e até à data do aditamento contratual, não há dúvidas que o Sr. Auriemo, locador, é pessoa ligada a Delboni-Auriemo, locatária, posto que até meados de 1999 é sócio e posteriormente é o Diretor Presidente dessa empresa, conforme preceitua o art. 465 do RIR/99, a seguir transcrito:

Art.465.Considera-se pessoa ligada à pessoa jurídica (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 60, §3º, e Decreto-Lei nº 2.065, de 1983, art. 20, inciso IV):

I-o sócio ou acionista desta, mesmo quando outra pessoa jurídica;

II-o administrador ou o titular da pessoa jurídica;

III-o cônjuge e os parentes até o terceiro grau, inclusive os afins, do sócio pessoa física de que trata o inciso I e das demais pessoas mencionadas no inciso II.

Em relação aos contratos celebrados entre a empresa Terra Molhada e a autuada, transcrevo o art. 466 do RIR/99.

Art.466.Se a pessoa ligada for sócio ou acionista controlador da pessoa jurídica, presumir-se-á distribuição disfarçada de lucros ainda que os negócios de que tratam os incisos I a VI do art. 464 sejam realizados com a pessoa ligada por intermédio de outrem, ou com sociedade na qual a pessoa ligada tenha, direta ou indiretamente, interesse (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 61, e Decreto-Lei nº 2.065, de 1983, art. 20, inciso VI).

Pelo que se depreende desse dispositivo legal, também em relação ao contrato celebrado entre a autuada e a empresa Terra Molhada, e a partir da data dos aditamentos contratuais acima mencionados está caracterizada a negociação entre pessoas ligadas, pois, ainda que os contratos sejam celebrados com a Terra Molhada que não é pessoa ligada direta, o Sr. Auriemo é sócio controlador da Terra Molhada e também Diretor Presidente da Delboni-Auriemo. O fato da fiscalização não ter citado o art. 466 do RIR/99, não invalida o lançamento, pois deixou claro nos autos que o Sr. Auriemo era também administrador da Terra Molhada.

Concluo que os contratos foram celebrados entre pessoas ligadas. Assim sendo, as amortizações não poderiam ter sido efetuadas.

Em relação ao pedido de que seja concedida a depreciação, conforme consignou a Turma Julgadora, de acordo com o descrito no Termo de Constatação Fiscal, a contribuinte não dispunha de controle individualizado das obras e serviços realizados que permitissem o cálculo correto de eventual depreciação.

Conclui-se que a glosa das despesas de amortização deve ser mantida para o ano de 1999 e seguintes.

Infração 11 – Da contraprestação de arrendamento mercantil – Termo de Constatação de 12.11.2003 (825/828) complementado pelo Termo de 13.11.2003 (829/831).

As contraprestações pagas durante a vigência do arrendamento, somadas às parcelas pagas a título de preço de aquisição que a contribuinte deduziu do resultado, foram consideradas como custos/despesas indedutíveis.

A fiscalização glosou o valor total das contas despesas e custos com leasing de máquinas e equipamentos e despesas com leasing de veículos. Descaracterizou a forma operacional adotada pela contribuinte, pelas seguintes razões:

a) desde o pagamento da primeira parcela, sem exceção, um percentual do valor residual era lançado no ativo. Essas antecipações mensais foram lançadas em conta intitulada “imobilizações em andamento”, dentro do permanente, não sujeita à depreciação que só passava a incidir quando, findo o contrato, o valor era ativado;

b) Os bens comprados através de leasing eram imobilizados em datas aleatórias, coincidentes ou não com as de emissão dos recibos e/ou notas fiscais, em geral, bem após o término do contrato e pagamento do respectivo valor residual. Em todos os casos, a imobilização não individuou os bens tomando-os pelo valor global: valor residual fechado;

c) Alguns contratos não continham nem mesmo cláusulas fixando as condições para o exercício do direito de optar pela renovação, pela devolução ou pela aquisição do bem, partindo do pressuposto que tal fato jamais ocorreria (não indicou quais são esses contratos);

d) O procedimento constitui abuso de forma, em desacordo com as disposições da Lei 6.099/74. Caracterizaram a operação como de compra e venda a prestação, nos termos do art. 10 da Resolução 2.309/96, porque a opção de compra não foi explícita e foi exercida antes de decorrido o prazo mínimo estabelecido no art. 8º. As condições para o exercício do direito de opção pela renovação do contrato, devolução do bem ou aquisição são requisitos obrigatórios que precisam, necessariamente, estar formalizados no instrumento firmado.

O fato de haver antecipação do valor residual é condição suficiente para descaracterizar o contrato de arrendamento mercantil, e considerá-lo como contrato de compra e venda?

Tomando como base a Portaria MF nº 140/84, mencionada pela Turma Julgadora e pela recorrente, esse ato administrativo admite que pode haver antecipações de parcelas do valor residual nas operações de arrendamento mercantil, conforme trecho a seguir transcrito:

I - As contraprestações de arrendamento mercantil serão computadas no lucro líquido do período-base em que forem exigíveis;

II - As parcelas de antecipação do valor residual garantido ou do pagamento por opção de compra serão tratadas como passivo do arrendador e ativo do arrendatário, não sendo computadas na determinação do lucro real;

Verifica-se que em relação às antecipações do valor residual garantido, a portaria determina que serão tratadas como passivo do arrendador e ativo do arrendatário e que não devem ser computadas na determinação do lucro real. Assim, ainda que não se descaracterize o contrato de arrendamento mercantil, não há autorização para que as parcelas de antecipação sejam computadas na determinação do lucro real.

Observo que a fiscalização não informou o que foi deduzido do resultado a título de contraprestações pagas durante a vigência do arrendamento separadamente do que foi deduzido a título de preço de aquisição que a contribuinte teria deduzido do resultado. Também não esclareceu se o que foi deduzido a título de preço de aquisição se refere ao final do contrato ou se refere a deduções efetuadas durante a vigência do contrato.

A Corte Especial do STJ, já se pronunciou sobre essa matéria, conforme súmula nº 293, de 05.05.2004: “A cobrança antecipada do valor residual garantido (VRG) não descaracteriza o contrato de arrendamento mercantil”.

Transcrevo ementa proferida no AgRg no REsp 434437/RS; AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2002/0009965-3, julgamento de 04.08.2005, DJ

22.08.2005, p. 276, da 4ª. Turma que teve como relator o Ministro Jorge Scartezzini, que aplica a súmula.

2 - No que tange à descaracterização do contrato de leasing em compra e venda à prestação, a Corte Especial deste Tribunal Superior posicionou-se no sentido de que o arrendamento mercantil não perde sua identidade com a cobrança antecipada do VRG (Valor Residual Garantido), porquanto ainda persistem as opções de prorrogação do contrato e de devolução do bem, a par da compra do mesmo (Súmula 293/STJ).

Verifica-se na ementa do STJ acima transcrita que seu posicionamento de que o arrendamento mercantil não perde sua identidade com a cobrança antecipada do valor residual, é alicerçado na existência de opções de prorrogação do contrato, de devolução do bem e de compra. Por essa razão, entendo que o fato da contribuinte antecipar mensalmente o pagamento do valor residual não caracteriza uma compra e venda, mas, que há outras condições que devem ser previstas nos contratos.

Mas, não foi apenas o fato da empresa ter antecipado o pagamento do valor residual que justificou o lançamento.

Na tabela de fls. 443 preenchida pela contribuinte, consta dados dos contratos de arrendamento mercantil por instituição financeira. Os campos são: N° do contrato, data de início e término, valor global dos bens, valor residual ativado, data da ativação, data NF de aquisição ou similar e cláusula de opção de compra.

A Turma Julgadora interpretou que o fato da contribuinte não ter assinalado com “x” o campo “opção de compra”, em vários contratos, significava que no contrato não havia cláusula de opção de compra.

Como amostra, selecionei o primeiro contrato indicado na tabela em que não consta o preenchimento do mencionado campo. Trata-se do contrato 10389/96 de fls. 479/495 celebrado com a empresa ABN Amro Arrendamento Mercantil S/A. Na cláusula 24 do contrato (fls. 488) consta que no final do prazo contratual é assegurado à arrendatária, optar pela compra dos bens, pela renovação do contrato ou pela devolução dos bens à arrendadora.

O 2º contrato que consta no processo foi celebrado com a Companhia Real de Arrendamento Mercantil nº 8.00.7322.4, de fls. 496/507. Na tabela não foi preenchido o campo opção de compra. Esse contrato prevê na cláusula 17, fls. 504/505, que findo o prazo do mesmo, a arrendatária poderá optar por uma das três alternativas: restituição do bem, renovação do arrendamento e compra do bem.

Portanto, não se pode afirmar que a falta de indicação da cláusula de opção de compra no doc. de fls. 443 não significa que essa cláusula não exista.

Portanto, (i) levando em conta a súmula nº 293, de 05.05.2004, da Corte Especial do STJ, (ii) considerando que pela amostra dos dois primeiros contratos que constam do processo, cujo campo de opção de compra, não foi preenchido pela contribuinte na referida tabela, mas que contém as mencionadas condições para a caracterização do arrendamento mercantil, (iii) considerando que a fiscalização não indicou quanto da glosa de deve às contraprestações do arrendamento mercantil e quando se deve à dedução a título de preço de aquisição, e se essa dedução se refere aos pagamentos efetuados na vigência do contrato, ou

após findo o mesmo, concluo que o lançamento não procede em relação a essa infração. Deixo de apreciar os demais argumentos apresentados pela recorrente em relação a esse item, por serem desnecessários à solução da lide.

Aplicação da taxa Selic como juros de mora

A recorrente alega que é ilegal a utilização da taxa SELIC como juros de mora, e que os argumentos de inconstitucionalidade de dispositivos normativos devem necessariamente ser apreciados.

Sobre essa matéria aplica-se as súmulas nº 2 e 4 do CARF, a seguir transcritas:

Súmula CARF Nº 4

A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

Súmula CARF Nº 2

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

TRIBUTAÇÃO DECORRENTE

Aplica-se o decidido em relação ao tributo principal ao lançamento da CSLL, em razão da estreita relação de causa e efeito.

CONCLUSÃO

Do exposto, oriento meu voto para (i) não conhecer do recurso de ofício, e (ii) Considerar que o recurso voluntário atende às condições de admissibilidade, rejeitar a preliminar de nulidade e o pedido de diligência, e no mérito, dar provimento parcial ao recurso para excluir das glosas de custos e despesas o valor de R\$ 808.928,51, excluir as glosas de amortização de ágio e de contraprestações de arrendamento mercantil.

(assinado digitalmente)
Albertina Silva Santos de Lima

Voto Vencedor

Conselheiro Antonio Jose Praga de Souza – Redator do Voto Vencedor

Designado para redigir o voto vencedor apenas em relação a matéria “glosa de amortização das benfeitorias”, registro, de início, a excelência do voto da ilustre Conselheira Relatora quanto todas as demais matérias enfrentadas nesse julgamento.

Vejamos, novamente, algumas das alegações da recorrente quanto a impropriedade dessa glosa, transcritas do relatório deste acórdão:

“(…)

Que a autoridade julgadora, no entanto, sustentou a impossibilidade de se computar a amortização destas despesas sob o argumento de que diferentes são os procedimentos para o reconhecimento de tal despesa, conforme a locação seja por prazo determinado ou indeterminado, e exista ou não direito à indenização e que a impugnante não apresentou os contratos de locação dos imóveis.

Mais adiante, a autoridade julgadora reconhece tratar-se dos mesmos imóveis objeto do item 9 do auto de infração. Em relação àquela infração, se a essa autoridade tivesse analisado com atenção as razões da então impugnante e a documentação trazida por oportunidade da apresentação da impugnação (docs. 11 a 17 da impugnação), teria notado que todos os contratos de locação em tela têm prazo determinado de 5 anos e possuem previsão expressa de que as benfeitorias realizadas não são indenizáveis, como se percebe, por exemplo, a partir das cláusulas nº 2 e nº 5 do contrato juntado como doc. 11. Assim considerando-se o prazo dos contratos de locação, tem-se que as benfeitorias realizadas já teriam sido completamente amortizadas, já que se trata de auto de infração lavrado em 2004 em relação ao ano-calendário de 1999.

(…)”

Transcrevo agora parte dos fundamentos do voto da Relatora, quanto a essa matéria:

Infração 9: Benfeitorias em imóveis pertencentes a pessoas ligadas – glosa de despesas de amortização - Termo de Constatação de 27.04.2004 (fls. 896/899) – ano-calendário de 1999; infração 12 – anos-calendário seguintes.

Trata-se de obras e serviços realizados nos imóveis locados da empresa “Terra Molhada Participações Ltda”, que não eram ressarcidos pela locadora. Os valores com as despesas com benfeitorias eram ativados e depois amortizados.

O Sr. Caio Roberto Chimenti Auriemo, foi considerado pela fiscalização como sócio administrador da empresa Terra Molhada e também participante do capital social da autuada.

Segundo a fiscalização, consoante a legislação em vigor, os custos das construções ou benfeitorias em imóveis locados de participantes nos lucros da pessoa jurídica têm que ser obrigatoriamente indenizados. Mesmo que não constasse dos contratos de locação respectivos, mas sendo a **indenização dos valores de eventuais obras**

obrigatória por lei, o lançamento contábil cabível dos gastos incorridos, seria no ativo circulante ou realizável a longo prazo, já que no ativo imobilizado estariam classificados os bens próprios da empresa e acréscimos pertinentes e não os de terceiros. Conclui que é improcedente a redução do resultado de exercício sob o título de amortização referente a esses gastos.

Segundo a fiscalização, o valor glosado foi apurado de acordo com o disposto no PN CST 869/71, o qual dispõe sobre a inaplicabilidade de dedução de despesas de amortização realizadas em terrenos locados de sócios, acionistas, dirigentes, participações em lucros, ou parentes, ou dependentes. Enquadramento legal: art. 249, inciso I, 251 e § único, 299, 324, 325, item I, d, do RIR/99 e, Parecer normativo CST 869, de 25.10.71, 210 de 30.11.73, 104 de 01.10.75, CC art. 1255, Lei 6404/76, art. 179.

(...)

No caso, a transferência de benfeitorias em imóveis de terceiros sem o recebimento de indenização, pode ser caracterizado como alienação, por valor notoriamente inferior ao de mercado e segundo o art. 464, I, do RIR/99, presume-se distribuição disfarçada de lucros no negócio quando a pessoa jurídica aliena por valor inferior ao de mercado, bem do seu ativo a pessoa ligada.

Mas, na situação dos autos, não houve ainda a transferência de benfeitorias, pois o contrato não estava encerrado, o que houve foram gastos com benfeitorias em imóveis locados, cujos contratos não prevêm a indenização das mesmas, portanto, não se pode acusar a empresa de ter distribuído lucros disfarçadamente, inclusive não é esta a acusação fiscal, apenas não se pode permitir a amortização desses gastos, porque se a transferência de benfeitorias sem indenização caracteriza a presunção legal de distribuição disfarçada de lucros, não teria sentido permitir-se a amortização das benfeitorias de que trata o art. 325 do RIR/99, conforme item 6 do Parecer citado, cujo trecho transcrevo:

6. Ainda que, na defesa de tese oposta, alegue-se a existência de um acordo de vontades, do qual se afirme constituir lei entre as partes, o argumento perde sua validade, uma vez que tal contrato se revela contra legem ao ferir dispositivo da lei fiscal.

Resta saber se a empresa Terra Molhada é pessoa jurídica ligada à recorrente. A empresa Terra Molhada não é sócia de D-A, mas, tem como sócio o Sr. Auriemo, que por sua vez até parte do ano de 1999 também era sócio da D-A e depois essa mesma pessoa passa a ser sócio da empresa Balu que por sua vez participa no capital da D-A. Ambas empresas são administradas pelo Sr. Auriemo.

(...)

Concluo que os contratos foram celebrados entre pessoas ligadas. Assim sendo, as amortizações não poderiam ter sido efetuadas.

Em relação ao pedido de que seja concedida a depreciação, conforme consignou a Turma Julgadora, de acordo com o descrito no Termo de Constatação Fiscal, a contribuinte não dispunha de controle individualizado das obras e serviços realizados que permitissem o cálculo correto de eventual depreciação. (grifei)

Conclui-se que a glosa das despesas de amortização deve ser mantida para o ano de 1999 e seguintes.

Pois bem, bem conforme já me expressei no colegiado, a meu ver os fundamentos acima transcritos não merecem reparos, exceto quanto ao penúltimo parágrafo,

que grifei. Constata-se que o Auto de infração foi lavrado em maio de 2004 e as despesas glosadas referem-se aos anos de 1999 a 2003, ou seja, a contribuinte faria jus ao menos aos encargos de depreciação até o 1º trimestre de 2004.

Por outro lado, o artigo 307 do Regulamento do Imposto de Renda – RIR/99, estabelecem:

Art. 307. Podem ser objeto de depreciação todos os bens sujeitos a desgaste pelo uso ou por causas naturais ou obsolescência normal, inclusive:

I - edifícios e construções, observando-se que (Lei nº 4.506, de 1964, art. 57, § 9º):

Ao contrário da insigne Relatora e dos ilustre julgadores de 1ª instância, examinei os documentos trazidos aos autos, citados acima, na transcrição das alegações recursais, especialmente quanto aos contratos, cujo prazo de duração é de 5 anos, e formei convencimento de que haviam elementos suficientes para apurar o encargo de depreciação a que a empresa faria jus em cada período apuração. Além disso, inegavelmente, as obras foram necessárias à percepção das receitas e manutenção da fonte produtora de rendimentos. Logo, ainda que se entendesse não ser possível verificar os valores das parcelas de depreciação a cada período, bastava um simples cálculo matemático e poder-se-ia apurar os mesmos valores.

Entendo, pois, que em face dos aspectos específicos que envolve essa matéria, a exigência deve ser cancelada.

Diante do exposto, voto no sentido de: 1) não conhecer do recurso de ofício; 2) considerar que o recurso voluntário atende às condições de admissibilidade, rejeitar a preliminar de nulidade e o pedido de diligência; 3) excluir das glosas de custos e de despesas, o valor de R\$ 808.928,51, excluir as glosas de amortização de ágio e de contraprestações de arrendamento mercantil; 4) manter a glosa das despesas relacionadas ao seguro saúde de assistência médica; 5) excluir a glosa de amortização das benfeitorias.

(assinado digitalmente)
Antônio José Praga de Souza