



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

Processo n° 10120.724569/2012-01
Recurso n° Embargos
Acórdão n° 1302-001.417 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 5 de junho de 2014
Matéria IRPJ e CSLL
Embargante FAZENDA NACIONAL
Interessado ITIQUIRA ENERGÉTICA S.A

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Exercício: 2009, 2010

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. REDISCUSSÃO DO MÉRITO. NÃO CONHECIMENTO.

Não devem ser conhecidos os embargos de declaração que visam unicamente rediscutir o mérito de questões já devidamente julgadas.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, em não conhecer dos embargos de declaração, nos termos do relatório e voto proferidos pelo Relator.

ALBERTO PINTO SOUZA JUNIOR – Presidente e Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Alberto Pinto S. Jr., Waldir Rocha, Guilherme Silva e Hélio Araújo.

Relatório

Versa o presente processo sobre embargos de declaração opostos pela contribuinte em face do Acórdão n° 1302-001.169, cuja ementa assim dispõe:

“ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Exercício: 2009, 2010

ÁGIO POR RENTABILIDADE FUTURA. AMORTIZAÇÃO.

Não deve subsistir a glosa de despesas com amortização do ágio se a autuação não imputa vício nos negócios jurídicos do qual afluou, pois ou se qualifica a operação como maculada por alguma patologia jurídica ou ela é lícita e a ela devemos dar os efeitos que lhe são próprios segundo a legislação tributária.

DESPESAS FINANCEIRAS. DEDUTIBILIDADE.

As despesas financeiras incorridas pela pessoa jurídica em operação de crédito, cujo produto comprovadamente se destinou a aquisição de ativo permanente, pode ser deduzida na apuração do resultado, por se tratar de operação intrinsecamente ligada aos negócios da empresa, sobretudo por se trata de uma holding.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado: por unanimidade, em negar provimento ao recurso de ofício, sendo que os conselheiros Alberto Pinto, Hélio Araújo, Marcelo Guerra e Guilherme Pollastri acompanharam o Relator pelas conclusões; e, por maioria, em dar provimento ao recurso voluntário, vencidos os Conselheiros Waldir Rocha e Eduardo Andrade. Designado o Conselheiro Alberto Pinto para redigir o voto vencedor.

Em seus embargos de declaração, a embargante alega o seguinte:

“Ponto crucial para o correto deslize da causa reside em saber se, no caso concreto, a utilização da “empresa veículo” viciou ou não as operações ocorridas de sorte a tornar indedutível o ágio, ou seja, se houve ou não propósito negocial.

Segundo entendimento proferido no voto vencedor, “a criação da São Pedro não tinha apenas uma razão tributária, mas também uma razão empresarial, já que sequer a Itiquira poderia resgatar suas ações”. Nesse sentido, cite-se o trecho do voto vencedor, verbis:

Por sua vez, sustenta o Relator que “O real adquirente das ações foi a própria Itiquira, realidade evidenciada pelos fatos, pelo “Acordo de Acionistas” e pelas correspondências trocadas entre as partes envolvidas”. Não concordo, pois existia um óbice para a Itiquira resgatar suas ações, como apontado pelo próprio autuante, qual seja, ela não possuía saldo de reserva de lucros.”

Nesse diapasão, a decisão se pautou na ausência de imputação do ilícito pela autoridade fiscal, pois entendeu que houve, na verdade, inconformismo da Fiscalização com a própria hipótese fática dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97. Ademais, asseverou a ausência de dolo, fraude ou simulação, em razão da multa de ofício aplicada ter sido de 75%, e não de forma qualificada.

Corroborando o supra exposto, em que prevaleceu no acórdão embargado a ausência de fundamentação pela autoridade fiscal, tendo sido afirmado que houve inconformismo da Fiscalização com a própria hipótese fática dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, seguem trechos do voto vencedor:...

Entretanto, data máxima vênia, o presente ponto revela-se omissivo quanto à análise de fatos incontroversos nos autos e relevantes à respeito das operações estruturadas em sequência, senão vejamos o Termo de Verificação Fiscal (TVF), citado no acórdão da DRJ, in verbis:...

Assim, o acórdão da DRJ manteve o crédito tributário firmando o entendimento de que o ágio suportado pela pessoa jurídica em operação da qual resultou a recompra de suas próprias ações, ainda que efetuada por uma outra pessoa jurídica posteriormente incorporada, não se enquadra na literalidade e na teleologia do art. 7º. da Lei nº. 9.532, de 1997, e, por consectário, não é suscetível da amortização admitida pelo inciso próprio do dispositivo em questão.

Ora, nos termos dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, somente é

amortizável na apuração da conta de resultado de uma empresa o ágio efetivamente decorrente da aquisição de uma pessoa jurídica por outra, por incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio. O caso dos presentes autos não se submete a essa norma uma vez que o ágio absorvido pela incorporadora não existiu, pois fora criado somente de forma artificial. Materialmente ele nunca ocorreu. Ora, se nunca houve ágio decorrente da aquisição de investimento (segundo o artigo 385 do RIR/99), não há que se falar em sua amortização no resultado da empresa que o absorveu por incorporação. Se ele nunca existiu, ele não pode ser utilizado. Outrossim, compulsando a Exposição de Motivos da Lei nº 9.532/1997, observa-se que a elaboração dos artigos 7º e 8º procurou justamente impedir a criação do ágio artificial, ou seja, a realização de um negócio fictício exclusivamente para fazer surgir tal benefício fiscal, senão vejamos:...

Vê-se, assim, que a mens legis dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 foi de repudiar ações como a praticada pela contribuinte junto com o seu grupo econômico. O artigo 386 do RIR/99, o qual repete o conteúdo das referidas disposições legais, autoriza a concessão do benefício fiscal de amortização do ágio na conta de resultados nos casos em que essa diferença econômica realmente exista. O ágio ou deságio criado por meio de negócios sem fins econômicos e/ou onde não houve o efetivo dispêndio do preço de aquisição do investimento não deve dar ensejo ao benefício previsto nos multicitados artigos.

Registre-se que, quanto ao propósito negocial da São Pedro, os argumentos enunciados no Recurso Voluntário, para justificar uma pretensa higidez e veracidade dos propósitos negociais nas operações realizadas (utilização da empresa veículo São Pedro Energética S.A.), foram enfrentados pela Fiscalização. Dessarte, as alegações de que haveria insuficiência de reservas de lucros para a Itiquira Energética S.A resgatar suas próprias ações junto à CESP e à Eletrobrás e que a opção pela utilização de empresa brasileira (São Pedro Energética S.A.), em 2008, decorreu da crise financeira (subprime) daquele mesmo ano, foram refutadas pelas constatações fáticas seguintes: ...

Ocorre que o acórdão embargado não enfrentou o exposto pela Fiscalização e alegado pela União em Contrarrazões ao Recurso Voluntário, mas apenas entendeu que “criação da São Pedro não tinha apenas uma razão tributária, mas também uma razão empresarial, já que sequer a Itiquira poderia resgatar suas ações”, omitindo-se quanto a fundamentação para referida conclusão.

Neste contexto, a PGFN requer seja sanada a omissão e contradição, para que a Turma aquo exponha a fundamentação jurídica e fática que ensejou a decisão pela dedutibilidade do ágio, inobstante prova incontroversa da Fiscalização, da indedutibilidade do ágio e da utilização de empresa veículo sem propósitos negociais. Requer, ainda, que aprecie o ponto referente a inexistência de função operacional e administrativa da São Pedro (empresa veículo).

A embargada apresentou contrarrazões a fls. 1.937 e segs.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Alberto Pinto Souza Junior

Os embargos de declaração são tempestivos e foram subscritos por mandatários, razão pela qual passo a analisar os demais pressupostos de admissibilidade.

Os embargos de declaração são o remédio processual adequado quando a decisão embargada incorre em obscuridade, em contradição entre a sua fundamentação e a sua parte dispositiva; ou em omissão na apreciação de algumas das questões preliminares ou de mérito que compõem o pedido da parte. Logo, os embargos de declaração não servem para se reabrir discussão sobre o mérito de decisão embargada.

No presente caso, os fundamentos dos embargos de declaração, ora em julgamento, deixam claro que os embargantes não só entenderam a fundamentação do acórdão embargados, como repetem todas as argumentação já enfrentada, para tentar reverter, em sede de embargos, o que fora decidido no mérito. Ora, se o acórdão embargado sustentou que “a criação da São Pedro não tinha apenas uma razão tributária, mas também uma razão empresarial”, discutir tal ponto é revisitar o mérito da decisão.

Ademais, os embargos de declaração, ora em análise, sequer apontam qualquer contradição, omissão ou obscuridade, pois articulam argumentos que deixam claro, *primo actu oculi*, a intenção de apenas rediscutir o mérito da decisão embargada.

Como se vê, estamos diante de mais um entre tantos casos de manejo flagrantemente abusivo de embargos de declaração, com o fito único de rediscutir os fundamentos da decisão embargada, conduta que muito tem contribuído para o desprestígio desse importante instrumento processual.

Em face do exposto, voto por não conhecer dos embargos de declaração.

Alberto Pinto Souza Junior - Relator