



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	10166.727923/2018-19
ACÓRDÃO	1401-007.009 – 1ª SEÇÃO/4ª CÂMARA/1ª TURMA ORDINÁRIA
SESSÃO DE	11 de junho de 2024
RECURSO	DE OFÍCIO E VOLUNTÁRIO
RECORRENTE	ITQUIRA ENERGÉTICA S/A E FAZENDA NACIONAL
RECORRIDA	ITQUIRA ENERGÉTICA S/A E FAZENDA NACIONAL

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Ano-calendário: 2013, 2014, 2015, 2016

DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. NULIDADE.

Configurada a hipótese de cerceamento do direito de defesa em razão da falta de apreciação das alegações da contribuinte, é de se declarar a nulidade da decisão de primeira instância.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, declarar a nulidade da decisão recorrida, nos termos do voto do Relator, e determinar o retorno dos autos à DRJ para que profira nova decisão, restando prejudicada a análise do recurso de ofício

Sala de Sessões, em 11 de junho de 2024.

Assinado Digitalmente

Fernando Augusto Carvalho de Souza – Relator

Assinado Digitalmente

Luiz Augusto de Souza Gonçalves – Presidente

Participaram da sessão de julgamento os julgadores Luiz Augusto de Souza Gonçalves (Presidente), Daniel Ribeiro Silva (Vice-Presidente), Claudio de Andrade Camerano, Fernando

Augusto Carvalho de Souza, Andressa Paula Senna Lísias, Gustavo de Oliveira Machado (suplente convocado)

RELATÓRIO

Trata o processo de auto de infração para cobrança de IRPJ e CSLL, relativo aos anos-calendário de 2013 a 2016, nos valores de R\$ 20.315.414,38 e R\$ 7.313.549,11 respectivamente, acrescidos com multa de ofício e juros de mora.

O auto de infração identificou infração pelas exclusões indevidas nas bases de cálculo do IRPJ e da CSLL relativas a despesas de amortização do ágio fundamentado em expectativa de rentabilidade futura, oriundo da incorporação, em 17/12/2008, da pessoa jurídica SÃO PEDRO ENERGÉTICA S/A, sendo procedida a sua glosa.

O auditor fiscal consignou no Termo de Verificação fiscal (TVF) que o ágio objeto do procedimento fiscal já foi analisado no processo administrativo nº 10120.724569/2012-01, referente aos anos de 2008 e 2009 e que os fatos persistiram nos anos calendários do presente caso (2013 a 2016) e complementa afirmando que o fato já foi julgado de forma definitiva pela Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF) através do Acórdão 9101-002.753 na sessão de 04/04/2017, ementado da seguinte forma:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2008, 2009

RECOMPRA OU RESGATE DE AÇÕES DE SUA PRÓPRIA EMISSÃO. ARTS. 385 E 386 DO RIR/1999. AQUISIÇÃO DE PARTICIPAÇÕES SOCIETÁRIAS EM SOCIEDADE COLIGADA OU CONTROLADA, COM ÁGIO OU DESÁGIO. DISTINÇÃO. A recompra ou resgate de ações de sua própria emissão, feita ainda que indiretamente por meio de empresa-veículo, não se subsume ao disposto nos arts. 385 e 386 do Regulamento do Imposto de Renda - RIR/1999 (Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999), os quais são específicos para a aquisição de participações societárias em sociedade coligada ou controlada, com ágio ou deságio.

Dessa forma, o auditor fiscal fez constar no TVF que o auto de infração será complementar à matéria já analisada na esfera administrativa, sendo aproveitados todos os elementos de provas já analisados no outro processo.

A conclusão final pela inexistência do direito à amortização fiscal, sendo dessa forma glosadas no lançamento, além da aplicação de multa de 150%, prevista no art. 44, I, § 1º, da Lei nº 9.430, de 1996, por entender que restou caracterizada a fraude de que trata o art. 72 da Lei nº 4.502, de 1964

A impugnação foi apresentada tempestivamente, sendo relatada pela autoridade julgadora de primeira instância da seguinte forma:

II. DA IMPUGNAÇÃO

Cientificada dos autos de infração em 06/09/2018, quinta-feira, véspera do feriado de 07/09/2018, e irresignada, a contribuinte apresentou a impugnação de fls. 429/443, em 09/10/2018, por meio da qual oferece, em síntese, as seguintes razões de defesa.

Inicia a impugnante relatando todos os pontos (histórico dos fatos) que considera relevantes e que justificariam a reestruturação societária realizada.

Em seguida passa a sustentar a legitimidade da amortização do referido ágio.

Ressalta inicialmente que, tanto a aquisição participação societária que gerou o ágio, quanto a incorporação que autorizou a sua amortização para fins fiscais ocorreram em 2008, razão pela qual não se aplicam ao presente caso as alterações promovidas pela Lei nº 12.973/2014, conforme previsto em seu art. 65.

Discorre sobre os requisitos legais para a amortização fiscal do ágio anteriormente à vigência da Lei nº 12.973/2014.

Sustenta que não há ilegalidade no uso de empresa-veículo em reestruturações societárias.

Discorre sobre o instituto da simulação, para concluir que o caso dos autos não retrata esse vício.

Defende a necessidade de observância do art. 24 do Decreto-Lei nº 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB), incluído pela Lei nº 13.655/2018, porque, no seu entender, não só a jurisprudência do CARF, como também da CSRF era amplamente favorável ao pleito dos contribuintes à época da operação que gerou o ágio aproveitado pela impugnante.

Subsidiariamente, sustenta a insubsistência da multa qualificada de 150%, pois, no seu entender, o caso retrataria hipótese de inocorrência de conduta fraudulenta ou dolosa.

Ressalta que, no lançamento de ofício anterior, foi expressamente afastada a majoração da multa para 150%, por não ter a Receita Federal encontrado indícios de dolo a caracterizar qualquer tipo de fraude.

Pede, por fim, ao menos, a exclusão da multa de ofício e dos juros SELIC, nos termos do art. 100, III e parágrafo único do CTN e do art. 24 da LINDB.

A 2ª Turma da DRJ de Brasília, considerou a impugnação procedente em parte, reduzindo o percentual da multa de ofício para 75%, mas mantendo o crédito tributário lançado, ementando o Acórdão da seguinte forma:

MATÉRIA JÁ DECIDIDA EM OUTRO PROCESSO. APLICAÇÃO AO PRESENTE PROCESSO. Sendo definitivo na esfera administrativa o entendimento de que o ágio formado em operação de incorporação reversa de empresa veículo, em 2008, não poderia ser amortizado para fins fiscais nos anos de 2008 e 2009, outra não poderá

ser a decisão no presente processo, qual seja a de não admitir a despesa com amortização do mesmo ágio, nos anos de 2013 a 2016.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. REQUALIFICAÇÃO JURÍDICA DA CONDUTA DO CONTRIBUINTE. DESCABIMENTO. Demonstrado que no lançamento anterior, referente aos anos de 2008 e 2009, cuja origem foi o aproveitamento indevido de ágio gerado em 2008, a multa aplicada foi de 75%, com expressa manifestação fiscal de que não vislumbrou o cometimento de dolo nas infrações tributárias apuradas, descabe a exasperação da multa de ofício para 150%, mediante a requalificação jurídica da conduta do contribuinte em procedimento fiscal posterior, que promoveu a glosa da despesa com amortização do mesmo ágio, nos anos de 2013 a 2016, mormente quando a Fiscalização não traz quaisquer fatos novos ou que tivessem sido omitidos pelo contribuinte por ocasião do primeiro procedimento fiscal, limitando-se a anexar aos autos os mesmos elementos de prova que instruíram o processo anterior.

A DRJ entendeu que, sendo definitiva no âmbito administrativo a decisão de que o ágio gerado em 2008, objeto do procedimento fiscal, com reflexos nos anos calendário sob fiscalização (2013 a 2016) não poderia ser amortizado para fins fiscais, adotou a mesma decisão, rejeitando as alegações de mérito da Recorrente.

Contra essa decisão, a Recorrente apresentou Recurso Voluntário (fls. 816/856) no qual se insurge alegando, em síntese, a possibilidade de outra autoridade julgadora rever o entendimento de fatos já julgados, bem como alerta que o CARF já procedeu dessa forma em episódio análogo, além da arguição de nulidade por suposta omissão da DRJ por cerceamento do direito de defesa nos termos do art. 59, II, do Decreto 70.235/1972.

Em contrapartida, em função do disposto na Portaria MF nº 63, de 9 de fevereiro de 2017, a Turma Julgadora recorreu de ofício a este Colegiado em função da redução da multa de ofício aplicada, de 150% para 75%.

É o relatório.

VOTO

Conselheiro Fernando Augusto Carvalho de Souza, relator.

O Recurso Voluntário é tempestivo e preenche os demais requisitos de admissibilidade, motivo pelo qual deve ser conhecido.

A Recorrente, após descrever as possibilidades de reversão de julgamento já definitivo na esfera administrativa, apresentar casos que julga semelhante ao presente processo, alega causa de nulidade por cerceamento do direito de defesa pelo fato da DRJ ter ignorado as razões de mérito levantadas pela Recorrente em relação a operação de ágio que gerou amortizações

glosadas pois já foram objeto de apreciação no CARF através do processo administrativo nº 10120.724569/2012-01.

Em relação a possibilidade de reversão de decisão, a impossibilidade de se rediscutir num processo administrativo matéria tornada definitiva no âmbito de outro feito tem sido reiterada pela jurisprudência do CARF e do Conselho de Contribuintes.

O entendimento da CSRF no processo administrativo nº 10120.724569/2012-01, foi que a operação de recompra das próprias ações realizada indiretamente por empresa-veículo não se enquadra no disposto nos art. 385 e 386 do RIR/99, de modo que não é possível a amortização de ágio.

Contudo essa decisão administrativa não é vinculante e foi usada exclusivamente pela autoridade de primeira instância como razão de decidir sobre o mérito, conforme trecho abaixo:

Portanto, sendo definitivo na esfera administrativa o entendimento de que o citado ágio, gerado em 2008, não poderia ser amortizado para fins fiscais, outra não poderá ser a decisão no presente processo, qual seja a de não admitir a despesa com amortização do mesmo ágio, nos anos de 2013 a 2016. **(Griffou-se)**

Observa-se que não houve o enfrentamento acerca das alegações da Recorrente na impugnação, notadamente, toda a operação de reorganização societária que deu origem ao ágio glosado, mesmo que todos os fatos já tenham sido analisados em outro processo administrativo.

Não há como aplicar, ao presente caso, o instituto da *“coisa julgada administrativa”*, isso porque a decisão administrativa nada mais é que mais um ato administrativo, mesmo que decisório, mas sem a força de um ato judicial.

No meu entender, a falta de apreciação das alegações da Recorrente na impugnação, configuram a hipótese de cerceamento do direito de defesa, que motiva a nulidade da decisão de piso a teor do disposto no inciso II do artigo 59 do Decreto nº 70.235/1972.

Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente; II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa. **(Griffou-se)**

Diante dos fatos, voto por declarar a nulidade da decisão recorrida e determinar o retorno dos autos à primeira instância para novo julgamento, restando prejudicada a análise do recurso de ofício.

É como voto

ACÓRDÃO 1401-007.009 – 1ª SEÇÃO/4ª CÂMARA/1ª TURMA ORDINÁRIA

PROCESSO 10166.727923/2018-19

Assinado Digitalmente

Fernando Augusto Carvalho de Souza

DOCUMENTO VALIDADO