



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

Processo n° 10805.722537/2015-15
Recurso n° De Ofício e Voluntário
Acórdão n° 1201-002.670 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 21 de novembro de 2018
Matéria ÁGIO
Recorrentes VIA VAREJO S/A
FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2011, 2012, 2013

ÁGIO; AQUISIÇÃO COM RECURSOS DE OUTREM. AMORTIZAÇÃO. INDEDUTIBILIDADE.

A autorização de dedução das despesas de amortização do ágio, no art. 386 do RIR, de 1999, requer que participe da "confusão patrimonial" a pessoa jurídica investidora real, ou seja, aquela que efetivamente acreditou na "mais valia" do investimento, fez os estudos de rentabilidade futura e desembolsou os recursos para a aquisição; não é possível o aproveitamento tributário do ágio se a investidora real transferiu recursos a "empresa veículo" com a específica finalidade de sua aplicação na aquisição de participação societária em outras empresas e se a "confusão patrimonial" advinda do processo de incorporação não envolve as pessoas jurídicas que efetivamente desembolsaram os valores que propiciaram o surgimento dos ágios, ainda que as operações que os originaram tenham sido celebradas entre terceiros independentes e com efetivo pagamento do preço.

RECOMPOSIÇÃO DO LUCRO REAL. COMPENSAÇÃO DE PREJUÍZO FISCAL.

Cabe a compensação de prejuízo fiscal de períodos anteriores, em face da recomposição do lucro real apurado em procedimento de fiscalização, limitado a 30%, mormente quando o contribuinte já havia pleiteado sua compensação com o lucro real declarado.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA.

Sendo a tributação decorrente dos mesmos fatos, aplica-se à CSLL o quanto decidido em relação ao IRPJ.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2011, 2012, 2013

JUROS DE MORA SOBRE MULTA. INCIDÊNCIA.

A multa de ofício é parte integrante da obrigação ou crédito tributário e, quando não extinta na data de seu vencimento, está sujeita à incidência de juros.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por voto de qualidade, em negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do voto da relatora. Vencidos os conselheiros Luis Henrique Marotti Toselli, Bárbara Santos Guedes, Rafael Gasparello Lima e Gisele Barra Bossa que davam provimento ao recurso; e, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso de ofício, nos termos do voto da relatora.

(assinado digitalmente)

Ester Marques Lins de Sousa - Presidente.

(assinado digitalmente)

Eva Maria Los - Relatora.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Eva Maria Los, Luis Henrique Marotti Toselli, Ailton Neves da Silva (Suplente convocado), Bárbara Santos Guedes (Suplente convocada), Rafael Gasparello Lima, Paulo Cezar Fernandes de Aguiar, Gisele Barra Bossa e Ester Marques Lins de Sousa (Presidente), a fim de ser realizada a presente Sessão Ordinária. Ausente, justificadamente, o conselheiro José Carlos de Assis Guimarães.

Relatório

Trata o processo de autos de infração de págs. 1.606/1.625, relativos aos anos-calendário 2011, 2012 e 2013, no regime do lucro real anual, que exigem: a) R\$37.943.355,18 de Imposto de Renda Pessoa Jurídica - IRPJ, relativos às infrações: a.1) glosa de amortização de ágio indedutível, fatos geradores em 31/12/2012 e 31/12/2013; a.2) glosa de exclusão indevida relativa ao ágio da empresa Mandala, fato gerador em 31/12/2011; b) R\$13.659.607,86 de Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL, relativos às mesmas infrações e fatos geradores. Em relação aos anos-calendário 2011 e 2012, a autuação reduziu os valores de prejuízos fiscais e bases de cálculo negativas de CSLL. Foi aplicada multa de ofício de 75% aos valores das exigências. Às págs. 1.589/1.605, o Termo de Verificação Fiscal - TVF, descreve os procedimentos e a autuação.

2. Cientificado, o contribuinte apresentou impugnação de págs. 1.639/1.682, julgada pela Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Florianópolis/SC - DRJ/FNS, Acórdão nº 07-39.016, de 13 de janeiro de 2017, págs. 1.757/1.789, que a considerou procedente em parte e da decisão recorreu de ofício:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ Data do fato gerador: 31/12/2011, 31/12/2012, 31/12/2013 IRPJ. Amortização de Ágio. Glosa de Despesas. Incorporação de Sociedade Investidora

(empresa veículo) Por Sua Investida. Amortização do Ágio. Indedutibilidade. Utilização Indevida do Benefício Fiscal.

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-la prevista no art. 386, III, do RIR/99 - art. 7º, III, da Lei 9.532/97 e art. 10 da Lei 9.718/98 não pode prevalecer quando, para sua configuração, é utilizada uma empresa veículo (incorporada em curto espaço de tempo), para, em nome dela, serem adquiridas ações com ágio, pago com recursos obtidos em função do patrimônio da própria incorporadora.

A condição legal de ocorrência de uma operação de incorporação, mediante extinção da investida ou da investidora, não pode ser admitida apenas como uma exigência formal, mas deve ser considerada como um requisito de efetivo conteúdo econômico e societário, que reflita um verdadeiro propósito negocial e não apenas uma opção empresarial dos interessados, sob pena de se interpretar extensivamente uma norma concessiva de um benefício, hipótese vedada pelo art. 111 do CTN.

Recomposição do Lucro Real. Compensação de Prejuízo Fiscal.

De se fazer a compensação de prejuízo fiscal de períodos anteriores, de ofício, em face da recomposição do lucro real apurado em procedimento de fiscalização, limitado a 30%, mormente quando a Contribuinte já havia pleiteado sua compensação com o lucro real declarado.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL Data do fato gerador: 31/12/2011, 31/12/2012, 31/12/2013 Lançamento Reflexo. Mesmos Eventos. Decorrência.

A ocorrência de eventos que representam, ao mesmo tempo, fatos geradores de vários tributos impõe a constituição dos respectivos créditos tributários, e a decisão quanto à ocorrência desses eventos repercute na decisão de todos os tributos a eles vinculados. Assim, o decidido em relação ao Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ aplica-se à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL.

Recomposição da Base de Cálculo da CSLL. Compensação de Base de Cálculo Negativa de Períodos Anteriores.

De se fazer a compensação de Base de Cálculo Negativa de Períodos Anteriores, de ofício, em face da recomposição

Base de Cálculo da CSLL apurada em procedimento de fiscalização, limitado a 30%, mormente quando a Contribuinte já havia pleiteado sua compensação com a Base de Cálculo declarada da CSLL.

3. Cientificada em 25/01/2017, pág. 1.794, interpôs Recurso Voluntário tempestivo em 23/02/2017, págs. 1.798/1.855, resumido a seguir.

4. A Recorrente se denominava à época dos fatos, Globex Utilidades S/A. Nega que a real adquirente da Recorrente tenha sido a Companhia Brasileira de Distribuição - CBD, mas sim que foi a Mandala Empreendimentos e Participações S/A, posteriormente incorporada pela Recorrente, que passou a amortizar o ágio; e destaca que a existência de ágio com base em rentabilidade futura não foi questionada e tampouco os pagamentos; tampouco houve imputação de simulação.

5. Descreve que a Recorrente atua na compra e venda e importação de utilidades domésticas, produtos manufaturados e semifaturados, eletrônicos em geral de informática e comunicação de dados; que devido à aquisição, o Grupo Pão de Açúcar alcançou liderança no varejo brasileiro; a Mandala foi constituída pela CBD em 30/10/2008, com objeto social de participação no capital social de outras sociedades e administradora de bens próprios - aduz que foi escolhida para adquirir a Recorrente por motivos negociais - se a economia fiscal fosse o único objetivo, a aquisição poderia ter sido feita pela própria CBD, com a posterior incorporação e amortização do ágio por esta; a aquisição foi paga pela Mandala com os recursos do aumento do seu capital pela CBD; descreve a forma como se deu a aquisição de 98,32% do capital social da Recorrente, o preço e valor do ágio apurado de R\$758,9 milhões; a Mandala não era "empresa de papel", tanto que, além da Oferta Pública de Capital - OPA para aquisição das ações dos minoritários, também celebrou acordo de associação com a Casas Bahia Comercial Ltda; e, em 22/12/2009 foi aprovada a incorporação da Mandala pela Recorrente.

6. Destaca que a busca pela manutenção do direito à amortização é finalidade legítima, não havendo nisso fraude ou abuso de direito, e que foram cumpridos os requisitos legais para a amortização do ágio: as operações que originaram o ágio se deram entre partes independentes; o ágio foi com expectativa de rentabilidade futura, demonstrado mediante laudo idôneo; foi efetuado o pagamento da aquisição, ocorreu a incorporação da investidora Mandala, pela investida, a Recorrente.

7. Sobre a acusação de que a Mandala se trata de empresa veículo, sendo um artifício para usufruir do benefício fiscal do art. 386 do RIR de 1999, esclarece que (i) não seria conveniente a unificação da CBD e da Globex numa única pessoa jurídica, devendo ser preservados como distintos o segmento alimentício na CDB e o eletrônico na Recorrente, separação que permanece até o momento, com lojas, funcionários, sistemas operacionais, clientes e contratos distintos para as duas pessoas jurídicas; (ii) a criação da Mandala permitiu a incorporação pela Recorrente, enquanto que a incorporação da Recorrente pela CBD seria onerosa para não dizer inviável; e (iii) provocaria a perda de estoque de prejuízos fiscais da Recorrente. Pelo exposto, não faria sentido econômico que a Recorrente fosse incorporada pela CBD, abrindo mão deste estoque; aduz:

Nesse ponto, equivoca-se a decisão DRJ/FNS ao afirmar que se CBD tivesse feito a aquisição de forma direta, não poderia ter se beneficiado da amortização do ágio para fins tributários. Na

verdade, a amortização do ágio para fins de apuração do IRPJ e da CSLL seria perfeitamente possível e válida se a CBD tivesse adquirido a GLOBEX diretamente e, em seguida, tivesse incorporado essa sociedade ou vice-versa. A questão é que, por razões societárias e operacionais, não era conveniente para CBD incorporar a GLOBEX e, portanto, foi necessário se utilizar da MANDALA para cumprir o objetivo.

(...)A MANDALA foi utilizada sobretudo para: (i) manter separadas as bases acionárias e os segmentos alimentício na CBD e eletroeletrônicos na GLOBEX (a Recorrente) (ii) garantir a incorporação para fins de amortização do ágio do ponto de vista operacional; (iii) evitar a perda de prejuízos fiscais da GLOBEX.

8. Destaca que a decisão de incorporação visou proteger a Recorrente da possibilidade de perder o direito à amortização, por eventual alteração na legislação.
9. Acusa de ilegal a exigência de motivação extratributária e que a sociedade veículo é inteiramente neutra, somente sendo ilícita se utilizada de forma fraudulenta.
10. Pugna pela ilegalidade da cobrança de juros sobre a multa de ofício.
11. A Procuradoria da Fazenda Nacional - PFN apresentou Contrarrazões de págs. 1.871/1.896:

*Todavia, para que haja esse encontro num mesmo patrimônio do ágio com o investimento que lhe deu origem, **é imprescindível que a “mais valia” contabilizada tenha sido efetivamente suportada por alguma das pessoas que participa da confusão patrimonial. O real investidor, portanto, deve se confundir com o seu investimento.***

*Em outras palavras, no caso de uma incorporação, para que o ágio registrado possa ter a sua amortização deduzida nos termos do artigo 386 do RIR/99, deve a pessoa jurídica **que efetivamente suportou o ágio pago na aquisição de um investimento incorporar esse investimento, ou ser incorporada por ele. O ágio deve, portanto, ser de fato pago por alguma das pessoas jurídicas que participam da incorporação, fusão ou cisão societária. Se assim não for, será impossível o ágio ir de encontro com o investimento que lhe deu causa.***

(...)

Voltando ao caso ora em análise, tem-se que o ágio registrado pela MANDALA, na verdade, decorre da aquisição da empresa GLOBEX (atual VIA VAREJO) pela CBD. Implica dizer que tal “mais valia” foi efetivamente paga pela CBD, e não pela empresa veículo MANDALA.

12. É o relatório.

Voto

1 Recurso de Ofício.

13. O Acórdão da DRJ/FNS, concluiu, pág. 1.785:

Da base de cálculo do IRPJ: Recomposição do Lucro Real relativo ao ano-calendário de 2013

Nesse tópico, entendo assistir razão a Impugnante, uma vez que a fiscalizada apresenta saldo, em 31/12/2013, de prejuízo fiscal a compensar (v. LALUR - Via Varejo do ano de 2013, acostado às fls. 1.050 a 1.110), registrou lucro real positivo em 2013, quando utilizou-se de parte (R\$ 244.378.692,33) do estoque de prejuízo fiscal para compensação.

*A recomposição do lucro real deve levar em conta que a fiscalizada compensou o que podia (30%) de seu lucro real em 2013, de forma que a parcela apurada de **ofício** deve compor o montante para fins de compensação.*

14. E resumiu, pág. 1.789:

CRÉDITO TRIBUTÁRIO - EM REAIS			
EXAÇÃO	LANÇADO	MANTIDO	EXONERADO
IRPJ	37.943.355,19	26.560.348,63	(11.383.006,56)
CSLL	13.659.607,87	9.561.725,51	(4.097.882, 36)

15. Dado que o valor exonerado de IRPJ e CSLL e respectivas multas excedeu o limite de R\$2.500.000,00, definido na Portaria MF nº 63 de 09 de fevereiro de 2017, cabe conhecer do recurso de ofício interposto pela primeira instância de julgamento.

16. Por concordar com o Acórdão DRJ/FNS, transcreve-se a respectiva análise:

Da base de cálculo do IRPJ: Recomposição do Lucro Real relativo ao ano-calendário de 2013

Nesse tópico, entendo assistir razão a Impugnante, uma vez que a fiscalizada apresenta saldo, em 31/12/2013, de prejuízo fiscal a compensar (v. LALUR - Via Varejo do ano de 2013, acostado às fls. 1.050 a 1.110), registrou lucro real positivo em 2013, quando utilizou-se de parte (R\$ 244.378.692,33) do estoque de prejuízo fiscal para compensação.

*A recomposição do lucro real deve levar em conta que a fiscalizada compensou o que podia (30%) de seu lucro real em 2013, de forma que a parcela apurada de **ofício** deve compor o montante para fins de compensação.*

2 Ágio

17. Relata o Autuante no Termo de Verificação Fiscal, págs. 1.589/1.605 que a Recorrente é pessoa jurídica de direito privado, sociedade anônima aberta, sendo seu primeiro estabelecimento constituído em 04/08/1966; sua atividade econômica principal é o comércio varejista especializado de eletrodomésticos e equipamentos de áudio e vídeo, código CNAE 47.53-9-00. Pesquisa atual na internet informa que, fonte: <https://www.viavarejo.com.br/>:

A Via Varejo S.A. é a empresa responsável pela administração de duas importantes varejistas brasileiras, Casas Bahia e Pontofrio. (...)

Uma das maiores varejistas de eletroeletrônicos do mundo. (...)

A Via Varejo é uma empresa brasileira de varejo fundada em 2010 através da fusão da Casas Bahia, pertencente à família Klein, e do Pontofrio, pertencente ao Grupo Pão de Açúcar. Atualmente, o GPA possui 43,3% de participação na Via Varejo, a família Klein possui 27,3% e 29,3% negociado na BMF&Bovespa VVAR11. (...)

18. fonte: https://pt.wikipedia.org/wiki/Via_Varejo:

Em dezembro de 2009, o Grupo Pão de Açúcar adquiriu a Casas Bahia e transferiu sua unidade de varejo para a Globex Utilidades S.A., empresa dona do Pontofrio que foi comprada em junho do mesmo ano (...)

No começo de 2012, a Globex Utilidades oficialmente trocou a razão social para Via Varejo,^[7] e assumiu a nova identidade corporativa (...).

19. A autuação se refere à glosa da amortização de ágio em função da incorporação, pela Recorrente, da empresa Mandala Empreendimentos e Participações S/A; esta foi criada pela Companhia Brasileira de Distribuição - CBD, em 30/10/2008; teve seu capital aumentado para R\$1.125.166.053,00, com recursos da CBD em 06/07/2009 e 30/10/2009; a Mandala, portanto, subsidiária da CBD, em 08/06/2009 adquiriu de terceiros o controle acionário da Recorrente (70,2421% do capital), pagando R\$824.521,960,00; em seguida realizou Oferta Pública de Ações - OPA de *tag-along*, para adquirir ações dos minoritários, resultando que passou a deter 95,46% do capital da Recorrente; nestas operações de aquisição pagou (parte à vista, parte a prazo, parte em ações da CBD) o total de R\$1.125.000,00, valor no qual se inclui ágio de R\$759.000,00; em 22/12/2009, a Recorrente incorporou a Mandala e passou a amortizar o ágio a partir de 03/2011.

20. O Laudo de Avaliação, págs. 688/733, avaliou a Recorrente, então, em R\$1.113.000, e a participação da Mandala em R\$1.057.000,00

21. A autuação científica em 04/02/2016, pág. 1.633, glosou a amortização do período de 03 a 12/2011 e dos anos-calendário 2012 e 2013, considerando:

Nossa conclusão, como demonstraremos a seguir, foi no sentido de que claramente foi adotado um planejamento fiscal abusivo por meio do uso de uma empresa-veículo (MANDALA), agravado pela sua qualificação de efêmera e de ser uma empresa apenas "no papel".

(...)

65) Note-se que até a véspera do pagamento da primeira parcela do preço de aquisição, num montante de várias centenas de milhões de reais, MANDALA subsistia com apenas R\$ 10.000,00 de capital. Ademais, verifica-se que a conta-corrente bancária de MANDALA serviu apenas para que o dinheiro transitasse

entre o real adquirente (CBD) e o alienante, e tudo sempre no mesmo dia.

66) Os recursos recebidos da CBD não chegavam sequer a permanecer de um dia para o outro, conforme podemos verificar nos extratos de julho, setembro e outubro (DOCX19, DOCX21 e DOCX22).

67) Tudo que foi exposto já seria suficiente para demonstrar que o real adquirente de GLOBEX foi a CBD e que a intercalação de MANDALA foi de cunho meramente formal, mas vale ainda citar a comunicação da CBD por força de pedido de esclarecimento formulado pela autoridade de fiscalização do mercado (DOCX23):

*(...). Fato Relevante divulgado pela CBD em 8 de junho de 2009, que **informou aos acionistas e ao mercado em geral celebração de contrato para aquisição, por meio de Mandala Empreendimentos e Participações S.A., subsidiária da Companhia, de 86.962.965 ações ordinárias, nominativas e sem valor nominal, representativas de 70,2421% do capital social total e votante de Globex Utilidades S.A. (nossos destaques)***

22. A Recorrente justificou a incorporação da Mandala:

(...) a incorporação de Mandala por Globex (a "incorporação") é da maior conveniência aos interesses sociais da Mandala e da Globex, a unificação das atividades e da administração das duas sociedades resultará em benefícios às sociedades, de ordem administrativa, econômica e financeira, quais sejam: (i) racionalização e simplificação de sua estrutura societária e, conseqüentemente, consolidação e redução de gastos e despesas operacionais combinadas; e (ii) melhor gestão de operações, ativos e fluxos de caixa das sociedades, em razão da união dos recursos empresariais e patrimoniais envolvidos na operação de ambas, resultando assim numa melhor utilização de seus recursos operacionais que trará benefícios para as atividades sociais desempenhadas.

23. Em síntese, a Mandala, que a CBD criou, objetivou a operação de aquisição da Recorrente, para em seguida a Mandala ser incorporada por esta, possibilitando a amortização pela Recorrente do ágio gerado nesta operação; a própria Recorrente justifica a criação da Mandala:

Na verdade, a amortização do ágio para fins de apuração do IRPJ e da CSLL seria perfeitamente possível e válida se a CBD tivesse adquirido a GLOBEX diretamente e, em seguida, tivesse incorporado essa sociedade ou vice-versa. A questão é que, por razões societárias e operacionais, não era conveniente para CBD incorporar a GLOBEX e, portanto, foi necessário se utilizar da MANDALA para cumprir o objetivo.

(...)A MANDALA foi utilizada sobretudo para: (i) manter separadas as bases acionárias e os segmentos alimentício na

CBD e eletroeletrônicos na GLOBEX (a Recorrente) (ii) garantir a incorporação para fins de amortização do ágio do ponto de vista operacional; (iii) evitar a perda de prejuízos fiscais da GLOBEX.

24. Resta avaliar se tal procedimento se amolda aos requisitos da dedutibilidade da amortização do ágio.

25. Tomo como referência, os Acórdãos da CSRF a seguir, um favorável e outro desfavorável à amortização, em casos análogos.

26. Primeiramente o que foi favorável à amortização:

*Recurso nº Especial do Procurador e do Contribuinte
Acórdão nº 9101-003.610– 1ª Turma
Sessão de 05 de junho de 2018
Matéria IRPJ*

*Recorrentes CTEEP COMPANHIA DE TRANSMISSÃO DE
ENERGIA ELÉTRICA PAULISTA, FAZENDA NACIONAL
ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA
JURÍDICA IRPJ
Ano-calendário: 2009*

(...)

ÁGIO TRANSFERIDO. EMPRESA VEÍCULO.

Não há restrições legais à transferência do ágio, notadamente quando havia restrições societárias e regulatórias que orientaram a criação de empresa “veículo”. (Grifou-se.)

(...)

Voto

(...) tratarei no presente voto da possibilidade de surgimento de ágio com a utilização de "empresa veículo" para transferência do ágio.

O lançamento tributário e o acórdão recorrido tratam da interpretação dos artigos artigos 7º e 8º, da Lei nº 9.532/1997. Lembro o teor do artigo 7º, da Lei nº 9.532/1997:

(...)

Destaco, ainda, trecho do voto vencedor no acórdão recorrido, do ex-Conselheiro Waldir Veiga Rocha, cujas razões adoto para decidir:

Destaco, por relevante, que não há questionamento por parte do Fisco quanto à formação inicial do ágio, no momento em que a ISA CAPITAL adquiriu ações da CTEEP até então pertencentes ao Governo de São Paulo e, na sequência, novas ações por meio de Oferta Pública de Ações (OPA). Não há qualquer questionamento quanto a tratar-se de negócio em condições de livre mercado, firmado entre partes independentes e com efetivo pagamento. O ágio, com base na expectativa de

rentabilidade futura da investida CTEEP, foi registrado na contabilidade da ISA CAPITAL.

Nesse momento, acaso viesse a ocorrer a incorporação da investida CTEEP pela investidora ISA CAPITAL ou o contrário, nenhum óbice haveria ao aproveitamento fiscal do ágio pela pessoa jurídica remanescente. E, se olharmos exclusivamente para essas duas pessoas jurídicas, não se encontra motivo para que a operação não houvesse sido conduzida dessa forma.

Mas as coisas não ocorreram assim, eis porque surge o questionamento do Fisco. Foi criada uma nova sociedade (ISA CAPITAL. O capital social da nova sociedade foi aumentado, e integralizado com as participações societárias na CTEEP, carreando para a ISA PARTICIPAÇÕES o ágio anteriormente registrado na ISA CAPITAL.

Eis, então, o que me parece o ponto central da discussão: a legitimidade, ou não, da utilização da empresa ISA PARTICIPAÇÕES, tida pelo Fisco e pela Turma Julgadora em primeira instância como empresa veículo, ou seja, pessoa jurídica criada artificialmente com o único propósito de criar as condições exigidas pela lei para a amortização fiscal do ágio.

Observo que a situação de uma “empresa veículo”, criada especialmente para permitir a aquisição de um investimento, é facilmente verificada nas operações de privatização. Há mesmo consenso de que os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 foram editados com o objetivo de facilitar o processo de privatização de empresas estatais, permitindo às empresas investidoras recuperar parte do investimento mediante a redução da carga tributária, o que, como contrapartida, permitiria que os valores oferecidos ao Estado na aquisição das empresas estatais fossem maiores. Isso, sem prejuízo dos ativos intangíveis das estatais privatizadas. Vários foram os casos de amortização de ágio no processo de privatização analisados por este CARF, sendo as conclusões no sentido de sua legitimidade, não obstante o uso de “empresas veículo”. Cumpre lembrar que o conjunto das operações sob análise foi praticado no contexto do Programa de Desestatização do Governo do Estado de São Paulo. Ademais, a recorrente refuta que as operações, em especial no que toca à ISA PARTICIPAÇÕES, tenham tido propósito exclusivamente de economia tributária. Acrescenta que a CTEEP, como empresa de transmissão de energia elétrica se sujeita à regulação pela ANEEL e, como companhia aberta, às normas da CVM. Ao contrário do que afirma a autuação, sua alegação é de que, na forma simplificada pretendida pelo Fisco, a reorganização encontraria obstáculos legais intransponíveis.

(...)

Tenho por válidas as motivações extratributárias apontadas pela recorrente como impeditivas para que o negócio se fizesse pela via mais simples. O uso de "empresa veículo", por si só, é insuficiente para desqualificar a via adotada pela interessada, a qual, ressalto, não é vedada pela legislação. Essa conclusão fica especialmente reforçada na situação em comento, em que a operação "direta", que permitiria o aproveitamento fiscal do ágio sem qualquer questionamento, encontrava óbices societários (CVM) e regulatórios (ANEEL).

(...) considero legítima a transferência desse investimento para um novo investidor (ISA PARTICIPAÇÕES), com o que ocorre, sim, a confusão patrimonial entre investidor e investida. Também aqui releva lembrar a impossibilidade da operação direta entre o "investidor inicial" e a investida.

*Adoto as razões do acórdão recorrido, acima colacionado, para confirmar a **legitimidade do ágio** tratado nos autos, sem que se vislumbre artificialidade na criação das empresas acima citadas.*

Reitero que no caso dos autos havia imposições da CVM e ANEEL que justificam por questões societárias e regulatórias – a organização societária da forma procedida, isto é, a existência da “empresa veículo”. O artigo 15, da Instrução 319 da CVM atesta que haveria “abuso” do poder de controle caso o contribuinte não constituísse a “empresa veículo” em discussão nestes autos:

(...) (Grifou-se.)

27. Em síntese, no caso transcrito, regulamentações a que a empresa se encontrava submetida, a impediam de efetuar a aquisição direta com posterior incorporação que a habilitasse a amortizar o ágio - por isso, foi considerada justificada a criação da empresa-veículo.

28. A seguir, o Acórdão da CSRF que foi desfavorável:

Recurso nº Especial do Procurador

Acórdão nº 9101-003.561– 1ª Turma

Sessão de 05 de abril de 2018

Matéria ÁGIO. EMPRESA VEÍCULO.

Recorrente FAZENDA NACIONAL

Interessado NUMERAL 80 PARTICIPAÇÕES S.A

*ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ
Ano-calendário: 2006, 2007, 2008, 2009, 2010, 2011*

*ÁGIO ORIUNDO DE AQUISIÇÃO COM USO DE RECURSOS
FINANCEIROS DE OUTREM. AMORTIZAÇÃO.
INDEDUTIBILIDADE.*

A hipótese de incidência tributária da possibilidade de dedução das despesas de amortização do ágio, prevista no art. 386 do

RIR/1999, requer que participe da "confusão patrimonial" a pessoa jurídica investidora real, ou seja, aquela que efetivamente acreditou na "mais valia" do investimento, fez os estudos de rentabilidade futura e desembolsou os recursos para a aquisição.

Não é possível o aproveitamento tributário do ágio se as investidoras reais transferiram recursos a "empresas veículos" (ou avalizarem a obtenção de empréstimos bancários por estas) com a específica finalidade de sua aplicação na aquisição de participação societária em outras empresas e se a "confusão patrimonial" advinda do processo de incorporação não envolve as pessoas jurídicas que efetivamente desembolsaram os valores (ou propiciaram sua obtenção ao avalizar a obtenção de empréstimos bancários) que propiciaram o surgimento dos ágios, ainda que as operações que os originaram tenham sido celebradas entre terceiros independentes e com efetivo pagamento do preço.

(...)

Voto Vencedor

Conselheiro Rafael Vidal de Araujo, Redator designado

29. O redator do voto vencedor descreve que, em síntese, os detentores das ações da Recorrente (então Santos Brasil S/A): Opportunity Leste S.A. ("OPP LESTE") 39,96%; 525 Participações S.A. ("525 Participações") 15,00%; Caixa da Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil PREVI ("PREVI") 20,00%; Fundação Sistel de Seguridade Social ("SISTEL") 15,00%; Investidores Institucionais Fundo de Investimento em Ações ("FIA") 0,04%; MULTI STS Participações S.A. ("MULTI STS") 10,00%, constituíram as empresas Vitex, Hermosa, Howland, Strelícia e Bilimbi; estas, mediante diversas operações societárias, passaram a ser detidas por terceiros e por algumas das antigas sócias; as empresas Vitex, Hermosa, Howland, Strelícia e Bilimbi aduiriram e passaram a deter o controle, direto e indireto de 64,76% da Recorrente, com ágio; e no mesmo dia em que ocorreram tais aquisições, a Recorrente incorporou as cinco empresas que haviam acabado de ingressar entre seus acionistas (diretos e/ou indiretos), a OPP LESTE e a 525 PARTICIPAÇÕES, em operação comumente chamada de incorporação reversa ou incorporação "às avessas"; após essas incorporações, as acionistas da Recorrente passaram a ser: RK Participações, PW 237 Participações, Opportunity Fund, Multi STS e OPP Fundo Investimento em Ações.

30. Ou seja, o conjunto de operações descrito resultou que mudou a composição dos acionistas da Autuada, e o ágio das aquisições que foram efetuadas pela empresas-veículo com os recursos aportados pelos novos acionistas ou acionistas anteriores que aumentaram suas participações, passou a ser amortizado e deduzido pela Recorrente, que incorporou essas empresas-veículo.

Percebe-se que a OPP FUND e a MULTI STS ampliaram a participação societária que detinham, direta e/ou indiretamente, antes do início das operações societárias analisadas. A RK PARTICIPAÇÕES, pertencente ao mesmo grupo da MULTI STS, também passou a figurar entre os acionistas diretos. Por fim, a PW 237 aparece como a única acionista que efetivamente

pertencia a um grupo econômico novo, que não participava do capital da contribuinte antes das operações societárias descritas.

(...)

Enfim, concluídas as operações de 30/05/2006, a SANTOS BRASIL havia trazido para a sua contabilidade os ágios originalmente registrados nas empresas VITEX, HERMOSA, HOWLAND, STRELICIA e BILIMBI, que totalizavam R\$ 321.264.285,02.

Considerando que sua situação estaria amparada pelos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 (art. 386 do RIR/1999), a contribuinte passou a aproveitar tributariamente tal ágio(...)

(...)

Conforme adiantei na abertura deste voto, o ponto central do debate desenvolvido ao longo dos autos diz respeito à regularidade do procedimento adotado pela contribuinte SANTOS BRASIL, e condenado pela Fiscalização, de deduzir, nos ano-scalendário 2006 a 2011, do lucro real e da base de cálculo da CSLL, valores relativos a despesas de amortização de ágios registrados originalmente na contabilidade das empresas VITEX, HERMOSA, HOWLAND, STRELICIA e BILIMBI.

A controvérsia reside no fato de a Fiscalização ter considerado tais pessoas jurídicas como meras empresas veículos, desprovidas de recursos próprios para investir na aquisição de participação societária na SANTOS BRASIL. Assim, a confusão patrimonial verificada ao final do processo de reorganização societária não seria apta a possibilitar o aproveitamento tributário do ágio, uma vez que não envolvia as reais investidoras adquirentes das ações com ágio.

Muito bem. A respeito da figura do ágio, há que se dizer que seu conceito tributário foi introduzido no ordenamento brasileiro pelo DecretoLei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977. À época dos fatos discutidos nestes autos, dispunha o art. 20 do DecretoLei, antes de ter sua redação alterada pela Lei nº 12.973, de 13/05/2014:

(...)

A situação em que a investida incorpora sua investidora é denominada de incorporação reversa ou ainda de incorporação "às avessas". A previsão da possibilidade de aproveitamento fiscal do ágio nesta hipótese é trazida pelo § 6º, inciso II, do art. 386 do RIR/1999. O dispositivo faz uso de uma técnica legislativa transitiva, indicando assim que o que vale para o caput do art. 386 do RIR/1999 vale também para o seu § 6º. As premissas de exegese da norma não são afetadas, sendo necessárias apenas as devidas adaptações para contemplar a situação prevista.

*De forma correlata ao que se analisou quanto ao aspecto pessoal, **a confusão de patrimônios**, principal item do aspecto material para fins de enquadramento no art. 386 do RIR/1999, consuma-se **quando, na sociedade incorporadora, o lucro futuro e o investimento original com expectativa desse lucro (aquele que foi sobreavaliado) passam a se comunicar diretamente** (os riscos se fundem: o risco do investimento assim entendidos os recursos aportados e o risco do empreendimento).*

Compartilhando o mesmo patrimônio a investidora e a investida, consolida-se cenário no qual a pessoa jurídica detentora da "mais valia" (ágio) do investimento baseado na expectativa de rentabilidade futura passa a ser responsável também por honrar tal rentabilidade.

Assim, a legislação permite que o contribuinte considere perdido o capital que foi investido com o ágio e deduza a despesa relativa à "mais valia".

Configuração semelhante ocorre na incorporação reversa, na medida em que a pessoa jurídica responsável por gerar a rentabilidade esperada para o futuro passa a ser a detentora do ágio baseado na expectativa de tal rentabilidade.

Sendo assim, pressupõe-se que a "mais valia" porventura contabilizada tenha sido efetivamente suportada por alguma das pessoas que participam da "confusão patrimonial".

Para fins de acesso à dedutibilidade estabelecida pelo art. 386 do RIR/1999, a pessoa jurídica que efetivamente suportou o ágio pago na aquisição de um investimento deve incorporar tal investimento (incorporação da investida pela investidora) ou ser incorporada pela empresa em que investiu (incorporação "às avessas").

Em síntese, a subsunção aos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, assim como aos artigos 385 e 386 do RIR/1999, exige a satisfação dos aspectos temporal, pessoal e material das hipóteses ali previstas. Na atual redação destes dispositivos, exclusivamente no caso em que houver o efetivo desembolso de valores (ou sacrifício de outros ativos) a título de investimento da investidora (futura incorporadora ou, no caso da incorporação reversa, incorporada) na investida (futura incorporada ou, no caso da incorporação reversa, incorporadora), é que haverá o atendimento aos aspectos pessoal e material. Se o ágio não foi de fato arcado por nenhuma das pessoas participantes da "confusão patrimonial", não há sentido em clamar-se pela dedutibilidade das despesas decorrentes de amortização de ágio instituída pelo art. 386 do RIR/1999.

No complexo caso analisado nos presentes autos, é incontroverso que houve desembolso de valores pela aquisição de 64,76% das ações da contribuinte SANTOS BRASIL.

Também não se discute que os valores despendidos superaram o valor contábil das ações alienadas e que foram pagos a partes não relacionadas aos compradores. A existência do ágio oriundo de tais operações não foi alvo de questionamento pela Fiscalização ou pela própria PGFN em seu recurso especial.

Os pagamentos efetuados e os ágios a eles associados podem ser assim resumidos:

VITEX pagou R\$ 182.351.532,53 a PREVI e SISTEL, com ágio de R\$ 129.266.316,63; · HERMOSA pagou R\$ 9.314.677,16 a FUNDO CVC, com ágio de R\$ 7.416.076,56; · HOWLAND pagou R\$ 44.403.461,36 a SISTEL, com ágio de R\$ 31.476.656,00; STRELICIA pagou R\$ 98.353.153,04 a FUNDO CVC, com ágio de R\$ 70.314.375,11; · BILIMBI pagou R\$ 116.759.332,32 a FIA e SISTEL, com ágio de R\$ 82.790.860,72.

Ocorre que os recursos financeiros utilizados na aquisição das ações da contribuinte não pertenciam às empresas VITEX, HERMOSA, HOWLAND, STRELICIA e BILIMBI, mas às suas controladoras. Os recursos foram obtidos pelas empresas veículos (com a específica finalidade de que fossem empregados na compra de participação societária na SANTOS BRASIL) basicamente de duas formas: (i) operações de aumento de capital social integralizado pelas controladoras; e ii) empréstimos concedidos pelo banco CREDIT SUISSE em razão da prestação de garantias e fianças pela própria Vê-se, portanto, que as empresas VITEX, HERMOSA, HOWLAND, STRELICIA e BILIMBI não dispunham de lastro patrimonial próprio para custear o investimento realizado em ações da SANTOS BRASIL. Elas inclusive tinham sido recentemente constituídas, com irrisório capital social e sem quaisquer atividades até sua participação na reorganização societária vivenciada pela contribuinte.

A participação destas pessoas jurídicas nas operações de aquisição de participação societária na SANTOS BRASIL somente foi possível porque elas receberam recursos das verdadeiras adquirentes: OPP FUND, MULTI STS, RK PARTICIPAÇÕES e PW 237.

(...)

Como não foram as pessoas jurídicas VITEX, HERMOSA, HOWLAND, STRELICIA e BILIMBI que desembolsaram o valores que deram origem aos ágios contábeis, restou desatendido o aspecto pessoal da hipótese de incidência do art. 386 do RIR/1999. Os numerários que pagaram pela aquisição das ações da contribuinte recorrida saíram dos ativos das reais investidoras, OPP FUND, MULTI STS, RK PARTICIPAÇÕES e PW 237. Mesmo a fração dos recursos que adveio de empréstimo bancário somente teve sua obtenção viabilizada porque estas reais adquirentes e a contribuinte SANTOS BRASIL tinham lastro para garantir seu pagamento ao banco CREDIT SUISSE.

As empresas VITEX, HERMOSA, HOWLAND, STRELICIA e BILIMBI, embora constem formalmente como as adquirentes das ações da contribuinte, não tinham lastro econômico para efetivamente realizarem algum sacrifício patrimonial que justificasse a criação dos ágios. Pertencia às empresas OPP FUND, MULTI STS, RK PARTICIPAÇÕES e PW 237 a capacidade econômica para levar adiante os negócios de aquisição das participações societárias e foram efetivamente estas empresas que desembolsaram recursos para a aquisição das ações da contribuinte. Também pertencia a estas empresas e à SANTOS BRASIL a solidez e a robustez necessárias para alavancar a concessão de empréstimos milionários, por meio da prestação de suficientes garantias e fianças.

As reais investidoras sabiam que, se realizassem os investimentos diretamente na aquisição das ações da contribuinte, sem a participação de empresas veículos, somente poderiam pleitear o aproveitamento tributário do ágio associado ao investimento se fossem incorporadas pela SANTOS BRASIL ou se incorporassem frações cindidas desta. Por óbvias razões extratributárias, nenhuma destas hipóteses lhes interessava.

Por isso, os grupos econômicos envolvidos decidiram lançar mão de empresas veículos especificamente destacadas para tomar parte na reorganização societária de forma que ocorresse, ao final, a reunião dos ágios e dos investimentos que lhes deram causa em uma mesma pessoa jurídica (a contribuinte SANTOS BRASIL), situação semelhante à requerida pela legislação para permitir o uso tributário do ágio, mas não o suficiente para emular-lhe os efeitos.

Observa-se que a participação das empresas VITEX, HERMOSA, HOWLAND, STRELICIA e BILIMBI foi antecipada e artificialmente concebida como forma de os grupos econômicos OPPORTUNITY, FINK e DÓRIO, que já planejavam adquirir as ações pertencentes às pessoas jurídicas que desejavam sair do bloco controlador da SANTOS BRASIL (PREVI, SISTEL, FIA e FUNDO CVC), poderem posteriormente obter vantagens tributárias relativas ao aproveitamento do ágio por sua controlada, previstas no art. 386 do RIR/1999.

Tal fato não é negado pela contribuinte ou por seus controladores, chegando a ser admitido no anúncio de Fato Relevante realizado em 01/06/2006. Por meio deste comunicado, os administradores da SANTOS BRASIL informaram ao mercado a respeito da série de operações realizadas no dia anterior, esclarecendo que tais operações permitiriam a simplificação societária da empresa e gerariam vantagens tributárias relacionadas ao aproveitamento do benefício fiscal que a amortização do expressivo ágio registrado nas sociedades incorporadas proporcionaria: redução da base tributária submetida ao IRPJ e à CSLL. Informações semelhantes constaram no Parecer do Conselho Fiscal da empresa e no Protocolo de Incorporação e Instrumento de Justificação

firmado entre a SANTOS BRASIL e as pessoas jurídicas VITEX, HERMOSA, HOWLAND, STRELICIA e BILIMBI.

(...)

Terminado todo o processo, a contribuinte, julgando que estaria configurada a "confusão patrimonial" entre os ágios e os investimentos que lhes deram causa, passou a aproveitar as despesas da amortização do ágio para fins tributários.

Ocorre que tal "confusão patrimonial", principal manifestação do aspecto material necessário à efetiva incidência da norma tributária prevista no art. 386 do RIR/1999, deve obrigatoriamente se dar entre a investida e a investidora originária, real. Por investidora originária, entendese aquela que efetivamente acreditou na mais valia do investimento, fez os estudos de rentabilidade futura e desembolsou os recursos para a aquisição da participação societária. Ou seja, no caso sob análise, a reais investidoras são as empresas OPP FUND, MULTI STS, RK PARTICIPAÇÕES e PW 237 (e apenas estas).

Sendo assim, a amortização operada pela recorrida não teve amparo dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 ou dos arts. 385 e 386 do RIR/1999. Conforme se viu, a possibilidade de aproveitamento fiscal do ágio, prevista no art. 386 do RIR/1999, só tem sentido em situações em que a investidora de fato, responsável por arcar com o dispêndio que faz nascer o ágio, incorpora a pessoa jurídica em que possua participação societária (investimento) ou é por ela incorporada. No caso dos autos, as investidoras reais não participaram de "confusão patrimonial" alguma.

31. Cite-se ainda por pertinente:

***Tipo do Recurso RECURSO ESPECIAL DO PROCURADOR –
Data da Sessão 21/11/2016***

Relator(a) RAFAEL VIDAL DE ARAUJO

Nº Acórdão 9101-002.470 –Tributo / Matéria

***Ementa(s) Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica -
IRPJ***

Ano-calendário: 2007, 2008, 2009

***ÁGIO ORIUNDO DE AQUISIÇÃO COM USO DE RECURSOS
FINANCEIROS DE OUTREM. AMORTIZAÇÃO.
INDEDUTIBILIDADE.*** *A hipótese de incidência tributária da
possibilidade de dedução das despesas de amortização do ágio,
prevista no art. 386 do RIR/1999, requer que participe da
"confusão patrimonial" a pessoa jurídica investidora real, ou
seja, aquela que efetivamente acreditou na "mais valia" do
investimento, fez os estudos de rentabilidade futura e
desembolsou os recursos para a aquisição. Não é possível o
aproveitamento tributário do ágio se a investidora real*

transferiu recursos a uma "empresa-veículo" com a específica finalidade de sua aplicação na aquisição de participação societária em outra empresa e se a "confusão patrimonial" advinda do processo de incorporação não envolve a pessoa jurídica que efetivamente desembolsou os valores que propiciaram o surgimento do ágio, ainda que a operação que o originou tenha sido celebrada entre terceiros independentes e com efetivo pagamento do preço.

Voto:

O ponto central do debate desenvolvido ao longo dos autos diz respeito à regularidade do procedimento adotado pela contribuinte FABRICA DE PEÇAS ELÉTRICAS DELMAR LTDA. (e condenado pela Fiscalização) de deduzir, nos anos-calendário de 2007 a 2009, do lucro real e da base de cálculo da CSLL, despesas com amortização do ágio registrado originalmente na contabilidade da adquirente HUBBELL DO BRASIL, por ocasião da aquisição de participação societária na autuada, com ágio (operação ocorrida em 07/07/2005).

Tal aquisição foi paga com recursos financeiros recebidos, pela HUBBELL DO BRASIL, de uma de suas controladoras estrangeiras, a WEPAWAUG CANADA CORP.

Esta empresa, ao lado da HUBBELL LUXEMBOURG SARL, constituiu a HUBBELL DO BRASIL em 09/05/2005 e lhe transferiu, em 01/07/2005 (segundo a contribuinte), montante equivalente a R\$33.000.000,00 para fins específicos de aquisição das quotas da contribuinte DELMAR. Tal aquisição se deu com ágio de R\$22.840.069,60, inicialmente registrado na contabilidade da HUBBELL DO BRASIL.

Em 31/12/2005, foi promovida a incorporação da HUBBELL DO BRASIL (então controladora) pela contribuinte (então controlada), por meio de incorporação reversa.

Assim, as quotas de participação societária da própria contribuinte foram introduzidas em sua contabilidade, juntamente com o ágio a elas associado.

A contribuinte passou, então, a deduzir do lucro real e da base de cálculo da CSLL despesas decorrentes da amortização do ágio recém introduzido em seu patrimônio, considerando que tal prática estaria amparada pelos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, também contempladas no Regulamento do Imposto de Renda (RIR/1999), nos arts. 385 e 386.

(...)

Em síntese, a subsunção aos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, assim como aos artigos 385 e 386 do RIR/1999, exige a satisfação dos aspectos temporal, pessoal e material das hipóteses ali previstas. Na atual redação destes dispositivos, exclusivamente no caso em que houver o efetivo desembolso de valores (ou sacrifício de outros ativos) a título de investimento

da investidora (futura incorporadora ou, no caso da incorporação reversa, incorporada) na investida (futura incorporada ou, no caso da incorporação reversa, incorporadora), é que haverá o atendimento aos aspectos pessoal e material. Se o ágio não foi de fato arcado por nenhuma das pessoas participantes da "confusão patrimonial", não há sentido em clamar-se pela dedutibilidade das despesas decorrentes de amortização de ágio instituída pelo art. 386 do RIR/1999.

No caso analisado nos presentes autos, é incontroverso que houve desembolso de valores por ocasião da aquisição das quotas da contribuinte DELMAR, em operação realizada em 07/07/2005. Também não se discute que tais valores superaram o valor contábil das quotas alienadas. A existência do ágio oriundo de tal operação não foi alvo de questionamento pela Fiscalização ou pela própria PGFN em seu recurso especial.

Ocorre que os recursos financeiros utilizados na aquisição das quotas da contribuinte não pertenciam à HUBBELL DO BRASIL, mas à sua controladora estrangeira WEPAWAUG CANADA CORP, que realizou a remessa internacional dos valores alguns dias antes da operação de aquisição da participação societária e com o propósito específico de que fossem utilizados em tal negócio.

Interpretando-se o conteúdo do art. 386 do RIR/1999 sob a perspectiva da hipótese de incidência tributária, verifica-se que não restaram observados, no caso concreto, os aspectos pessoal e material necessários à subsunção da situação fática à previsão normativa.

Sendo assim, a recorrida não fazia jus ao direito de deduzir as despesas decorrentes da amortização do ágio oriundo da operação levada a cabo em 07/07/2005.

Como não foi a HUBBELL DO BRASIL que desembolsou o valor que deu origem ao ágio contábil, restou desatendido o aspecto pessoal da hipótese de incidência do art. 386 do RIR/1999. O numerário que pagou pela aquisição das quotas da recorrida saiu dos ativos da real investidora, WEPAWAUG CANADA CORP.

A empresa HUBBELL DO BRASIL, embora conste formalmente como a adquirente das quotas da contribuinte, não tinha lastro econômico para efetivamente realizar algum sacrifício patrimonial que justificasse a criação do ágio. Pertencia à empresa estrangeira WEPAWAUG CANADA CORP a capacidade econômica para levar adiante o negócio de aquisição da participação societária e foi efetivamente esta empresa quem desembolsou recursos para a aquisição das quotas da recorrida.

A investidora estrangeira provavelmente sabia que, se realizasse os investimentos diretamente na aquisição das quotas da contribuinte, sem a participação de empresa sediada em

território brasileiro, não poderia posteriormente pleitear o aproveitamento tributário do ágio oriundo da operação. Por se tratar de pessoa jurídica sediada no exterior, a investidora não se submete à legislação tributária brasileira. A incorporação de uma controlada brasileira provavelmente não provocaria os mesmos efeitos tributários para a matriz da empresa em seu país de origem.

Assim optou a empresa estrangeira por adotar um procedimento de engenharia societária que permitisse, ao final, a reunião do ágio e do investimento que lhe deu causa em uma mesma pessoa jurídica, situação semelhante à requerida pela legislação para permitir o uso tributário do ágio, mas não o suficiente para emular-lhe os efeitos.

32. Cite-se ainda:

*Tipo do Recurso RECURSO ESPECIAL DO CONTRIBUINTE
Data da Sessão 08/11/2017
Nº Acórdão 9101-003.222
Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ Ano-calendário: 2005, 2006, 2007, 2008, 2009
ÁGIO ORIUNDO DE AQUISIÇÃO COM USO DE RECURSOS FINANCEIROS DE OUTREM. AMORTIZAÇÃO. INDEDUTIBILIDADE. A hipótese de incidência tributária da possibilidade de dedução das despesas de amortização do ágio, prevista no art. 386 do RIR/1999, requer que participe da “confusão patrimonial” a pessoa jurídica investidora real, ou seja, aquela que efetivamente acreditou na “mais valia” do investimento, fez os estudos de rentabilidade futura e desembolsou os recursos para a aquisição. Não é possível o aproveitamento tributário do ágio se a “confusão patrimonial”, advinda do processo de incorporação, não envolve a pessoa jurídica que efetivamente desembolsou os valores que propiciaram o surgimento do ágio, ainda que a operação que o originou tenha sido celebrada entre terceiros independentes e com efetivo pagamento do preço.*

33. Transcreve-se trecho do Voto Vencedor referente à ementa supra:

No caso analisado nos presentes autos, é incontroverso que houve desembolso de valores por ocasião da aquisição, pela MLGP, por intermédio da CREMEPAR, das ações da CREMER. Destas operações, resultou o registro de ágio no valor de R\$ 60.395.852,04. Ocorre que tal ágio foi registrado na contabilidade da empresa americana.

Fosse a MLGP uma pessoa jurídica sediada no Brasil, submetida à legislação tributária brasileira, ela poderia fazer jus à dedutibilidade das despesas de amortização do ágio de R\$ 60.395.852,04 se viesse a incorporar a CREMER e atendesse também às demais condições exigidas legalmente.

Como não havia essa possibilidade, promoveu-se a “internalização” do ágio em território brasileiro, por meio da

integralização de aumento do capital social da CREMER pela CREMEPAR.

Assim, a CREMEPAR passou a possuir, em sua contabilidade, o ágio de RS 60.395.852,04 associado às ações da CREMER.

Conforme já foi narrado, a CREMEPAR foi incorporada pela CREMER. Julgando fazer jus ao direito de deduzir as despesas decorrentes da amortização do ágio com base nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997 (e nos arts. 385 e 386 do RIR/1999), a CREMER passou a reduzir seu lucro líquido.

Ocorre que nem a CREMEPAR nem o recorrido poderiam ter utilizado o ágio registrado originalmente na MLGP para fins de deduzir as despesas decorrentes de sua amortização.

Interpretando-se o conteúdo do art. 386 do RIR/1999 sob a perspectiva da hipótese de incidência tributária, verifica-se que não restaram observados, no caso concreto, os aspectos pessoal e material necessários à subsunção da situação fática à previsão normativa.

Como não foi a CREMEPAR que desembolsou o valor que deu origem ao ágio contábil, restou desatendido o aspecto pessoal da hipótese de incidência do art. 386 do RIR/1999. Como o próprio recorrido reconhece, o numerário que foi pago, indiretamente, pela aquisição das ações da CREMER, saiu dos cofres da MLGP.

A CREMEPAR foi incorporada pela CREMER. Esta, julgando que estaria configurada a "confusão patrimonial" entre o ágio e o investimento que lhe deu causa, passou a aproveitar as despesas da amortização do ágio para fins tributários. Ocorre que tal "confusão patrimonial", principal manifestação do aspecto material necessário à efetiva incidência da norma tributária prevista no art. 386 do RIR/1999, deve obrigatoriamente se dar entre a investida e a investidora originária, real. Por investidora originária, entende-se aquela que efetivamente acreditou na mais valia do investimento, fez os estudos de rentabilidade futura e desembolsou os recursos para a aquisição da participação societária. Ou seja, no caso sob análise, só existe uma real investidora: a MLGP.

Importante ressaltar que, quando se estabelece a necessidade de que a empresa participante da "confusão patrimonial" tenha arcado com a aquisição do investimento com ágio, não se restringe tal operação a uma compra e venda com o desembolso de valores monetários. O dispêndio que se exige diz respeito a qualquer operação que gere ganhos para o alienante e gastos para o adquirente. Mais do que um pagamento em dinheiro, o que se espera como resultado desta operação é que haja variações patrimoniais para os envolvidos em valores proporcionais ao negócio celebrado. No caso dos presentes autos, não se verificou a prática de tal "sacrifício patrimonial" pela CREMEPAR ou pelo recorrido.

Sendo assim, a amortização operada pelo recorrido não teve amparo dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, ou dos arts. 385 e 386 do RIR/1999. Conforme se viu, a possibilidade de aproveitamento fiscal do ágio, prevista no art. 386 do RIR/1999, só tem sentido em situações em que a investidora de fato, responsável por arcar com o dispêndio que faz nascer o ágio, incorpora a pessoa jurídica em que possua participação societária (investimento) ou seja por ela incorporada. No caso dos autos, a investidora originária não participou de "confusão patrimonial" alguma. Além disso, o ágio registrado na CREMEPAR foi realizada entre empresas que integram um mesmo grupo econômico.

34. Esta relatora entende que a situação nos presentes autos se amolda às dos Acórdãos contrários à amortização.
35. No presente caso, não havia interesse em a CBD incorporar a Recorrente após a aquisição do seu controle acionário; assim, criou a Mandala, que serviu a este objetivo.
36. A empresa que acreditou na mais-valia e investiu os recursos foi a CBD, mas a "confusão patrimonial" com a incorporação, não se deu entre esta e a Recorrente

3 Juros de mora. Multa de Ofício não adimplida. Incidência.

37. A multa de ofício é parte integrante da obrigação ou crédito tributário e, quando não extinta na data de seu vencimento, estará sujeita à incidência de juros conforme estabelecido no art. 113 do CTN.
38. Esse também é o entendimento do STJ sobre o assunto, conforme se observa da ementa a seguir transcrita (AgRg no REsp 1335688/PR – DJe de 10/12/2012), Acórdão transitado em julgado em 14/02/2013:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTARIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. JUROS DE MORA SOBRE MULTA. INCIDÊNCIA. PRECEDENTES DE AMBAS AS TURMAS QUE COMPÕEM A PRIMEIRA SEÇÃO DO STJ.

1. Entendimento de ambas as Turmas que compõem a Primeira Seção do STJ no sentido de que: "É legítima a incidência de juros de mora sobre multa fiscal punitiva, a qual integra o crédito tributário." (REsp 1.129.990 PR, Rei. Min. Castro Meira. DJ de 14/9/2009). De igual modo: REsp 834.681/MG, Rei. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 2/6/2010. I

2. Agravo regimental não provido.

39. A jurisprudência do CARF vem convergindo no sentido de considerar procedente a aplicação de juros de mora sobre a multa de ofício, depois de vencido o prazo para pagamento, uma vez que passa a integrar o crédito tributário.

*Tipo do Recurso RECURSO ESPECIAL DO CONTRIBUINTE
RECURSO ESPECIAL DO PROCURADOR*

Data da Sessão 19/01/2018

Nº Acórdão 9101-003.374

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO. INCIDÊNCIA. A multa de ofício, penalidade pecuniária, compõe a obrigação tributária principal, e, por conseguinte, integra o crédito tributário, que se encontra submetido à incidência de juros moratórios, após o seu vencimento, em consonância com os artigos 113, 139 e 161, do CTN, e 61, § 3º, da Lei 9.430/96.

Tipo do Recurso RECURSO ESPECIAL DO CONTRIBUINTE

Data da Sessão: 08/11/2017

Nº Acórdão: 9101-003.222

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Ano-calendário: 2005, 2006, 2007, 2008, 2009

INCIDÊNCIA DE JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO. LEGALIDADE. Sobre o crédito tributário não pago no vencimento incidem juros de mora à taxa SELIC. Compõem o crédito tributário o tributo e a multa de ofício proporcional.

Tipo do Recurso: Recurso nº Especial do Contribuinte

Data da Sessão: 03/04/2018

Acórdão nº: 9101003.510

Voto vencedor:

Conselheira Cristiane Silva Costa, Redatora designada

Com a devida vênia ao voto do Relator, entendo por negar provimento ao recurso especial do contribuinte, tendo sido acompanhada pela maioria deste Colegiado.

Ressalvo que em precedentes desta Turma, pronunciei-me pela ilegitimidade da exigência de juros de mora sobre a multa de ofício (acórdãos 9101003.053 e 9101003.216, dentre outros).

Ocorre que, diante de reiterados julgamentos em que restei vencida, curvo-me ao entendimento predominante do Colegiado, ponderando que a matéria é unicamente de direito e há orientação prevalecente na jurisprudência do CARF pela manutenção da cobrança de juros sobre a multa.

A esse respeito, destaco voto elaborado pela Conselheira Adriana Gomes Rêgo, Presidente desta Turma e do CARF (acórdão 9101003.376): (...)

40. O art. 61 da Lei nº 9.430, de 1996, determina:

Art. 61. Os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores ocorrerem a partir de 1º de janeiro de 1997, não pagos nos prazos previstos na legislação específica, serão acrescidos de multa de mora, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento, por dia de atraso.

(...)

§ 3º Sobre os débitos a que se refere este artigo incidirão juros de mora calculados à taxa a que se refere o § 3º do art. 5º, a

partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento.

41. Note-se que no *caput* do art. 61, o texto é “débitos [...] decorrentes de tributos e contribuições” e não meramente “débitos de tributos e contribuições”. O termo “decorrentes” evidencia que o legislador não quis se referir, apenas aos tributos e contribuições em termos estritos para todas as situações.

42. Finalmente a Súmula CARF nº 5:

Súmula CARF nº 5: São devidos juros de mora sobre o crédito tributário não integralmente pago no vencimento, ainda que suspensa sua exigibilidade, salvo quando existir depósito no montante integral.

43. E o CTN determina:

*Art. 113. A obrigação tributária é principal ou acessória.
§ 1º A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente.
Art. 139. O crédito tributário decorre da obrigação principal e tem a mesma natureza desta.*

44. Assim, o crédito tributário decorre da obrigação principal que, por sua vez, tem por objeto também a penalidade pecuniária. Consequentemente, o entendimento sumulado compreende todo o crédito tributário lançado, ou seja, tributos, contribuições e multas aplicadas.

Súmula CARF nº 5

São devidos juros de mora sobre o crédito tributário não integralmente pago no vencimento, ainda que suspensa sua exigibilidade, salvo quando existir depósito no montante integral. (Vinculante, conforme Portaria MF nº 277, de 07/06/2018, DOU de 08/06/2018).

45. E ainda:

Súmula CARF nº 108

Incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, sobre o valor correspondente à multa de ofício.

4 Conclusão.

Voto por NEGAR PROVIMENTO o Recurso Voluntário e ao Recurso de Ofício.

(assinado digitalmente)

Eva Maria Los

Processo nº 10805.722537/2015-15
Acórdão n.º **1201-002.670**

S1-C2T1
Fl. 26
