



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

Processo n° 10980.720341/2017-19
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1302-003.161 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 17 de outubro de 2018
Matéria Irpj e Csll
Recorrente TCP- TERMINAL DE CONTEINERS DE PARANAGUÁ S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2012, 2013, 2014

GLOSA DE DESPESA DE ÁGIO. REQUISITOS DE REGISTRO E AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO

O art. 20 do Decreto-Lei no 1.598, de 1997, estabelece a definição de ágio e os requisitos do ágio, para fins fiscais. O ágio é a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor patrimonial das ações adquiridas. Os requisitos são a aquisição de participação societária e o fundamento econômico do valor de aquisição. Atendidas as disposições contidas nos arts. 385 e 386 do RIR/99; além dos requisitos de ordem formal, como o arquivamento da demonstração de rentabilidade futura do investimento e efetivo pagamento na aquisição, verifica-se a possibilidade de registro e amortização do ágio.

PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. UTILIZAÇÃO DE EMPRESA-VEÍCULO. LEGALIDADE

A utilização de empresa-veículo que viabilize o aproveitamento do ágio, por si só, não desfigura a operação e invalida a dedução do ágio, se ausentes a simulação, dolo ou fraude.

CONTRATOS DE CONCESSÃO. CONTABILIZAÇÃO

Os contratos de concessão não possuem característica intrínseca que lhes determine sistemática certa e pré-determinada de contabilização. O que determina a forma do seu reconhecimento contábil é a substância material do vínculo nele estabelecido (essência do fato contábil).

ARRENDAMENTO DE TERMINAIS PORTUÁRIOS. SUBCONCESSÃO IMPRÓPRIA. REGIME DE COMPETÊNCIA

O arrendamento de terminais portuário em tela se configura como uma subconcessão imprópria, pois não se trata de uma subconcessão de serviços públicos tradicional e, nele, o arrendatário não desembolsa qualquer valor a

título de aquisição de direito de exploração dos serviços no momento da assinatura do contrato, logo, à luz do art. 325, I, do RIR/99, não havia que ser feito qualquer registro no ativo nesse momento.

Da mesma forma, não havia, pelo regime de competência, qualquer crédito em favor da APPA e, logicamente, nem obrigação a ser reconhecida pela recorrente, no momento da assinatura do contrato de arrendamento, pois o crédito que deve ser contabilizado, pelo regime de competência, é aquele líquido e certo, ainda que não exigível e, independentemente, de realização financeira.

LANÇAMENTOS CONEXOS. CSLL.

Na ausência de especificidades, aos lançamentos formalizados a partir da mesma base fática aplica-se o mesmo julgado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em dar provimento ao recurso voluntário quanto à glosa de amortização de ágio, vencidos os Conselheiros Carlos César Candal Moreira Filho, Paulo Henrique Silva Figueiredo e Maria Lúcia Miceli, e por unanimidade de votos, em negar provimento quanto à glosa da contabilização das despesas com o contrato de concessão, votando o conselheiro Gustavo Guimarães da Fonseca pelas conclusões do relator. O conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado solicitou a apresentação de declaração de voto.

(assinado digitalmente)

Luiz Tadeu Matosinho Machado - Presidente

(assinado digitalmente)

Marcos Antonio Nepomuceno Feitosa - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Carlos César Candal Moreira Filho, Marcos Antonio Nepomuceno Feitosa (Relator), Paulo Henrique Silva Figueiredo, Rogério Aparecido Gil, Maria Lucia Miceli, Gustavo Guimarães da Fonseca, Flávio Machado Vilhena Dias e Luiz Tadeu Matosinho Machado (Presidente).

Relatório

Para a devida síntese do processo em exame, transcrevo o relatório da DRJ/RJO, complementando-o ao final:

Trata o presente processo dos autos de infração de fls 13.510/13.609 -(IRPJ e CSLL), lavrados em face do TCP- Terminal de Containers de Paranaguá SA, por meio dos quais :

a) foram constituídos os créditos tributários nos valores de R\$ 36.902.658,11 e R\$ 13.287.116,89 referentes, respectivamente, ao Imposto sobre a Renda e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, acrescidos de multa de 75% e juros de mora;

b) em função das bases de cálculo apuradas foram alterados os prejuízos fiscais e bases negativas de CSLL originalmente informados em DIPJ ;

1. Das infrações

As infrações das quais resultaram o lançamento tributário em análise foram:

1ª) Dedução indevida, na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL, de despesas contabilizadas a título de amortização de ágio pago na aquisição de investimentos.

2ª) Contabilização equivocada de contrato de concessão: dedução indevida, na apuração da base de cálculo do IRPJ e CSLL, de despesas de variação monetária passiva e amortização de ativo

3ª) Compensação indevida de prejuízos fiscais e bases negativas de CSLL

2. Do Relato que fundamentou as infrações imputadas ao sujeito passivo

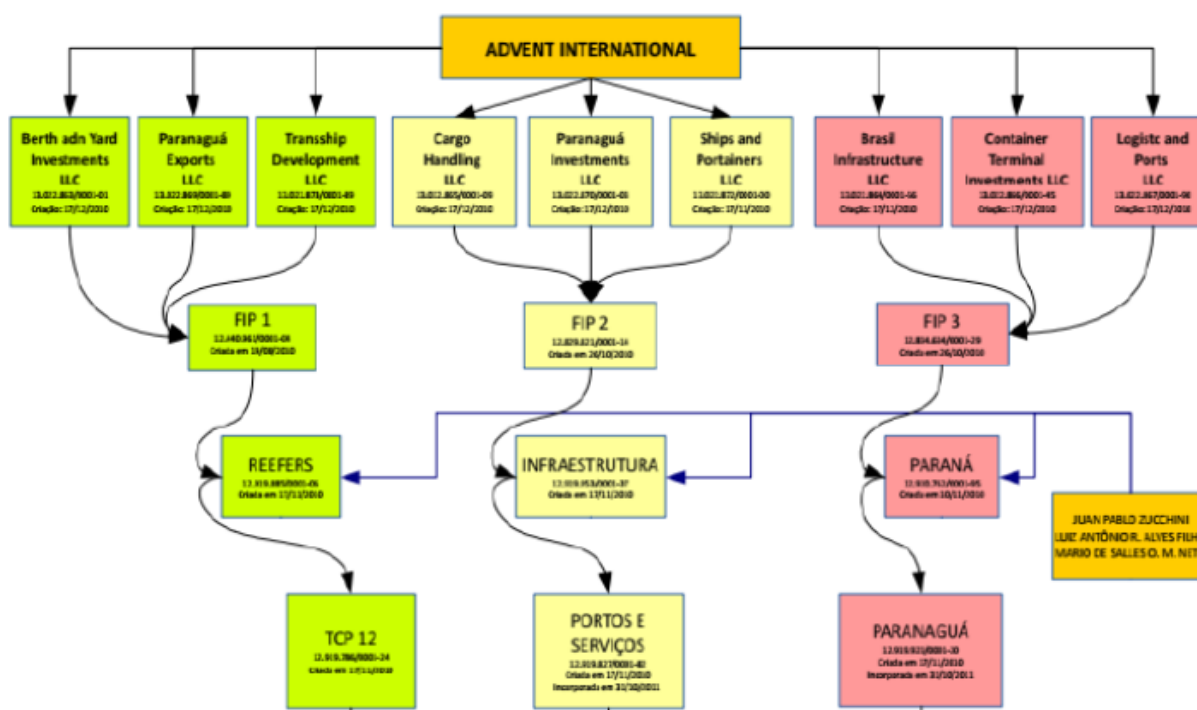
O relato que fundamentou a autuação consta do Relatório Fiscal de fls 13.612 a 13.672. Foi iniciado com notas acerca da nomenclatura nele utilizada. Esclarece a autoridade autuante que a sigla TCP12 corresponde ao TCP-Terminal de Containers de Paranaguá-SA – CNPJ 12.919.786/0001-40, que é justamente a autuada, e que a sigla TCP03 refere-se ao TCP – Terminal de Containers de Paranaguá SA – CNPJ 03.020.098/0001-37. Observa ainda a autoridade autuante (fls 13.612 e 13.644) que teriam sido formalizados outros processos administrativos que, em relação a outros períodos de apuração, tratam das mesmas infrações que são objeto deste processo.

1ª infração: Dedução indevida, na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL, de despesas contabilizadas a título de amortização de ágio pago na aquisição de investimentos

Dos Fatos

□ O TCP12, a Paranaguá Participações e a Portos e Serviços Participações foram criadas em meados 2010 por sua controladora indireta, a Advent International Corporation, que é um Fundo de Investimentos sediado nos EUA;

□ Estas três empresas tinham como controladoras outras 03 pessoas jurídicas, que por sua vez eram controladas por três Fundos de Participação. Cada um destes fundos era controlado por três empresas, todas situadas nos EUA (Delaware/DE), e controladas diretamente pela Advent International Corporation. A figura abaixo ilustra a composição societária descrita.



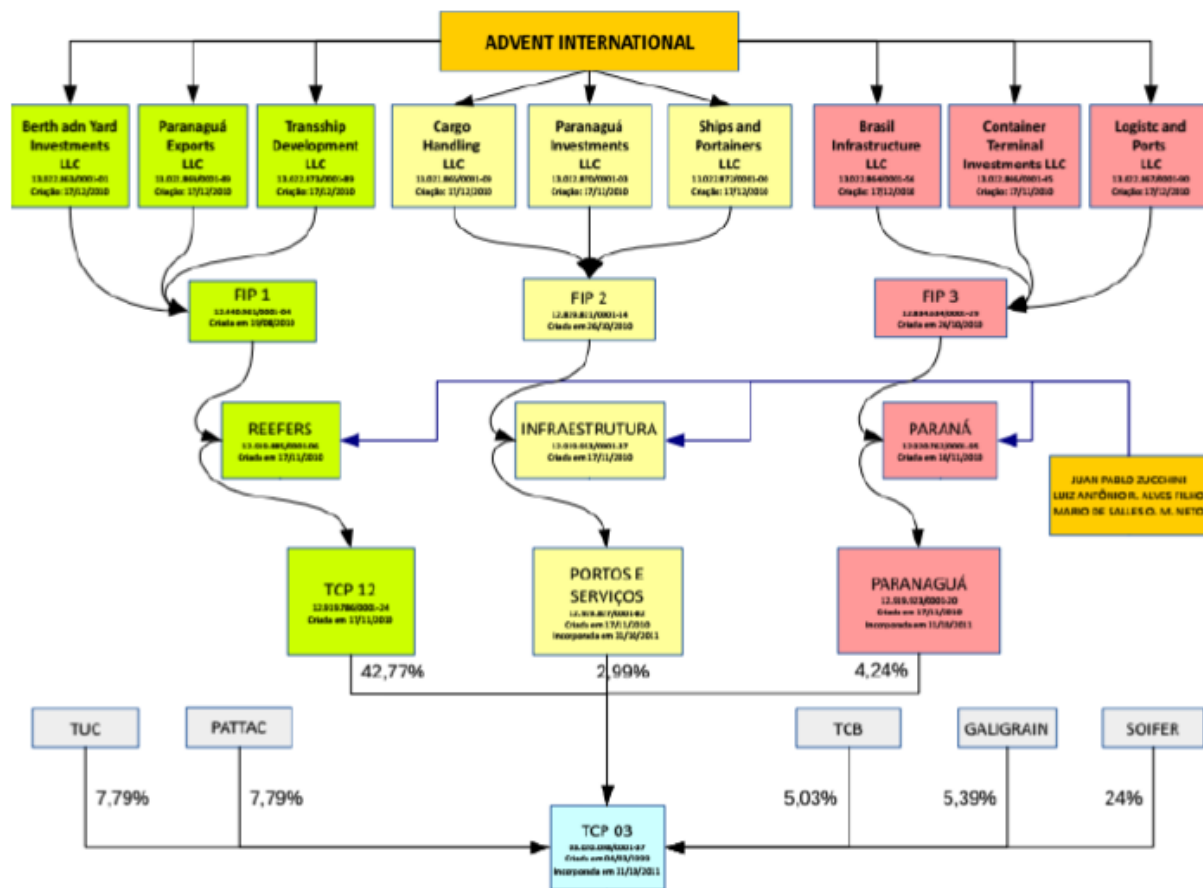
□ Todas as 18 sociedades controladas direta ou indiretamente pela Advent International Corporation, foram criadas entre outubro e dezembro de 2010;

□ Por meio de contrato assinado em 21/12/2010, o TCP12, juntamente com a Portos e Serviços Logísticos Participações Adjacentes SA e a Paranaguá Movimentação de Containers Participações SA adquiriram 50% das ações da TCP03. Tal aquisição foi formalizada por meio de contrato no qual figuraram como vendedores 06 acionistas da TCP 03 : José Maria , João Aquiles, Salomão, Pattac, TCB e Galigrain. Outros 02 acionistas figuraram como intervenientes garantidores – (Tuc e Soifer);

□ Apesar de assinado em 21/12/2010, o contrato de compra e venda de participações acionárias, condicionado ao cumprimento de determinadas condições suspensivas, só surtiu efeitos jurídicos em

06/07/2011, quando cumpridas as referidas condições. Só nesta data foi efetivado o pagamento do preço;

□ Após a Operação de Compra e Venda acima mencionada a TCP03 passou a exibir a seguinte estrutura societária:



□ A operação de compra de 50% das ações do TCP03 foi realizada em relação a cada uma das adquirentes, por valor superior ao do respectivo valor de PL adquirido, fato este que denota ágio na aquisição do investimento. Os ágios gerados em cada pessoa jurídica foram:

TCP12: R\$ 538.197.320,50

Portos e Serviços Participações: R\$ 37.684.709,99

Paranaguá Movimentação Participações: R\$ 53.294.809,01

TOTAL: R\$ 629.176839,54

□ Do valor total, acima, parte foi atribuída ao contrato de concessão (R\$ 474.248.339,54) e a outra a ágio propriamente dito (R\$ 159.503.000,00);

□ Em 31 de outubro de 2011 o TCP12 incorporou, primeiramente, a Portos e Serviços Logísticos Participações Adjacentes SA e a Paranaguá Movimentação de Containers Participações SA e em ato

Processo nº 10980.720341/2017-19
Acórdão n.º 1302-003.161

S1-C3T2
Fl. 14.673

posterior, no mesmo dia, incorporou ainda o TCP03. Neste mesmo ato o TCP12 alterou sua razão social, passando a utilizar o mesmo nome do TCP03;

Com as incorporações acima relatadas, o TCP12 passou a amortizar o ágio de R\$ 159.503.000,00, que contempla não só o ágio gerado na própria TCP12, mas também as parcelas geradas na Portos e Serviços Logísticos Participações Adjacentes SA e na Paranaguá Movimentação de Containers Participações SA. Abaixo, cópia dos registros contábeis referentes às transferências de ágio aqui tratadas, escriturados em 06/07/2011;

| SIGA /CTBR400/v.P10 | | TCP - TERMINAL DE CONTEINERES DE PARANAGUA S/A | | Pagina: 1 | |
|---------------------------------|---|--|----------------|-------------------|------------------|
| Hora...: 09:47:05 | | 12.919.786/0001-24 | | DT.Ref.: 30/11/11 | |
| | | RAZAO ANALITICO EM REAL DE 01/01/11 ATE 30/11/11 | | Emissao: 31/05/12 | |
| DATA | | | | | |
| Lote/sub/doc/linha | H I S T Ó R I C O | C/partida | Débito | Crédito | Saldo Atual |
| 1.3.01.01.02 | - AGIO INVESTIMENTOS | | | | |
| CONTA = 1.3.01.01.02.01 | - AGIO TCP-TERM DE COST DE PARANAGUA S/ASALDO ANTERIOR: | | | | 0,00 |
| 06/07/11 | | | | | |
| 00000100100000000008 | AGIO AQUISIÇÃO TCF S/A 530.174 AÇÕES SAL | | 36.737.064,78 | 0,00 | 36.737.064,78 D |
| 00000100100000000011 | AGIO AQUISIÇÃO TCF S/A 674.187 PATTAC | | 104.721.533,99 | 0,00 | 201.518.618,77 D |
| 00000100100000000016 | AGIO AQUISIÇÃO TCF S/A 559.375 JOSE HARI | | 86.918.840,10 | 0,00 | 288.437.478,87 D |
| 00000100100000000020 | AGIO AQUISIÇÃO TCF S/A 114.412 JOAO CLUC | | 17.802.693,90 | 0,00 | 306.240.172,77 D |
| 00000100100000000023 | AGIO AQUIS. TCF S/A 1117443-TCS | | 147.761.384,51 | 0,00 | 474.001.457,28 D |
| 00000100100000000027 | AGIO AQUISIÇÃO TCF S/A 415430-GALTCRAH | | 61.185.843,26 | 0,00 | 535.187.300,54 D |
| 31/10/11 | | | | | |
| 00000100100000000066 | TRANSF.SALDO INCOMP. PORTOS SERVIÇOS | | 37.684.789,99 | 0,00 | 575.882.038,53 D |
| 00000100100000000065 | TRANSF.SALDO INCOMP.PARANAGUA MOVIMENTAC | | 53.294.809,01 | 0,00 | 629.176.839,54 D |
| 01/11/11 | | | | | |
| 00000100100000000061 | VLR.REF.AJUSTE CONF.FPA DELOITTE VENDA 2.2.01.02.01.07 | | 4.574.500,00 | 0,00 | 633.751.339,54 D |
| 00000100100000000062 | VLR.REF.AJUSTE CONF.FPA DELOITTE VENDA 1.3.05.01.01.05 | | 0,00 | 474.248.339,54 | 159.503.000,00 D |
| 00000100100000000063 | VLR.REF.AJUSTE CONF.FPA DELOITTE VENDA 1.3.05.01.01.06 | | 0,00 | 159.503.000,00 | 0,00 C |
| T o t a l i s d a C o n t a --> | | | 633.751.339,54 | 633.751.339,54 | 0,00 C |
| T O T A L G E R A L --> | | | 633.751.339,54 | 633.751.339,54 | |

Das razões que motivaram a indedutibilidade do ágio acumulado na TCP12 (R\$ 159.503.000,00): (a) laudo de avaliação e (b) não enquadramento às condições previstas no art 386 do RIR

(a) Laudo de avaliação

O laudo de avaliação apresentado para respaldar o ágio na aquisição da participação acionária da TCP03, apresentado em resposta ao Termo de Intimação 01, foi intitulado como "Relatório de Identificação e Avaliação de certos Ativos Intangíveis" (fls 13.839) teve como referência a data de 30/06/2011, mas foi elaborado em 21/10/2011, (fls ½.), data esta posterior àquela em que o contrato de compra e venda se tornou eficaz em virtude do cumprimento das condições suspensivas acordadas- (06/07/2011);

Portanto, no momento de aquisição das ações da TCP03, não havia laudo a fundamentar o suposto ágio com base em rentabilidade futura;

A legislação prevê que o lançamento contábil com fundamento em rentabilidade futura deverá ser baseado em demonstração que o

contribuinte arquivará como comprovante da escrituração. A legislação não prevê qualquer forma ou formalidade específica para esta demonstração, mas exige que seja anterior à data do lançamento contábil do ágio, bem como do fato que lhe deu origem (contrato de compra e venda de participação acionária);

Incabível qualquer argumentação no sentido de que estudos internos, elaborados unilateralmente pela própria interessada, teriam fundamentado o negócio. Tal interpretação tornaria inócua a condição imposta pela lei;

A amortização do ágio baseado em rentabilidade futura em data anterior à data da realização do investimento consiste em benefício fiscal. Por este motivo, a legislação que versa sobre o tema deve ser interpretada literalmente.

(b) Do não enquadramento dos fatos às condições de dedutibilidade tratadas no art 386 do RIR/1999

A verdadeira adquirente das ações da TCP3, que efetivamente arcou com o ônus financeiro da operação, foi a Advent International;

O próprio site da atual TCP 12 (consulta em 22/09/16) assim dispõe:

.....
“ O TCP tem como acionistas o Fundo de Private equity Advent International, a Pattac Empreendimentos e Participações SA, TUC Participações Portuárias SA, Sifer Participações Societárias Ltda, Grup Maritim TCB SL e Galigrain SA.”

.....
 As outras 15 empresas que também são acionistas diretas /indiretas da TCP12 não foram sequer referidas no site da TCP12 porque possuem existência apenas formal;

As empresas TCP12, Portos e Serviços Participações e Paranaguá Participações foram claramente utilizadas como veículos para permitir a amortização de ágio. Originariamente, a TCP 03 era a única empresa geradora de riqueza e a sua incorporação pelo TCP12 não retirou desta a qualidade de empresa veículo, uma vez que após a incorporação, o TCP12, que tinha a denominação Terminal Portuário Movimentação e Armazenagens Participações SA passou a adotar a mesma denominação da TCP03;

Sendo a Advent a verdadeira adquirente do investimento, com a incorporação da TCP03, ocorrida 31/10/2011, a propriedade da participação acionária adquirida com ágio não desapareceu de seu patrimônio. Não há que se falar em amortização do ágio uma vez que a efetiva adquirente não participou da reorganização societária

com a investida. O investimento da Advent permaneceu em sua contabilidade, perpassando as várias controladas, até chegar ao TCP12;

Quando a efetiva adquirente é estrangeira, uma reorganização societária envolvendo controlada no Brasil é inviável. A solução é a criação de uma empresa brasileira pouco antes do processo de aquisição, que, depois de receber um investimento milionário da controladora no exterior - (capitalização ou empréstimo), terá os seus dias contados, uma vez que será absorvida pela investida. No caso em espécie, por um permissivo da norma, ocorreu o contrário;

Diante de tal configuração é necessário questionar quem efetivamente adquiriu a participação acionária e se o mero trânsito dos recursos financeiros pela empresa veículo é suficiente para avalizá-la como real adquirente;

Valendo esta possibilidade, dese transferir a titularidade de uma aquisição por meio de uma empresa veículo, será o mesmo que dizer que o ágio, baseado em rentabilidade futura, será sempre dedutível, interpretação esta que tornaria letra morta a parte da norma que fala "...em virtude de incorporação, cisão ou fusão".

De certo as sociedades empresariais possuem o livro arbítrio na escolha de como que se reorganizam. Mas as formas escolhidas devem ter respaldo no mundo real. Não podem ser apenas formais;

2ª Infração : Glosa de Despesas com contratos de concessão

A interessada já foi autuada diversas vezes em função dos fatos aqui tratados, relativos ao contrato de concessão que possui com a APPA. Os processos administrativos relativos a autos de infração anteriores foram : 10907.000043/2008-09; 10907.002493/2008-28; 10907001484/2009-09; 10907001644/2010-45 e 10980.723823/2014-88;

O precursor de todos os processos foi o de número 10907001984/2002-66, que refere-se a pedido de restituição dos valores de IRPJ recolhidos a maior. Este processo já foi julgado pela DRJ, Carf e Câmara Superior de Recursos Fiscais, com decisão final desfavorável ao Fisco. Tal decisão, porém, não é vinculante para os demais anos;

Os processos 10907.002493/2008-28, 10907001484/2009-09 e 10907001644/2010-45 tiveram seus recursos voluntários não reconhecidos pelo CARF, uma vez que a interessada judicializou o tema , formalizando a ação Ordinária 5002703-06.2011.4.04.7008, que tramitou na Primeira Vara Federal de Paranaguá;

Esta ação judicial transitou em julgado no dia 11/05/2016. Porém, o seu objetivo era estender os efeitos da decisão da Câmara Superior de Recursos Fiscais ao período anterior a abril de 2001.

- *Tanto a sentença de 1ª instância quanto o acórdão do Tribunal se limitaram a analisar se a fiscalizada tinha ou não direito à restituição de IRPJ e CSLL nos períodos anteriores à abril/2001, uma vez que a decisão da CSRF negou este direito, sob a argumentação a condição formal de concessionária só foi adquirida a partir de abril de 2001. Assim, os efeitos desta decisão judicial não afetam a presente autuação, que trata dos anos de 2013 e 2014;*
- *O TCP 12 assinou contrato de arrendamento de instalações Portuárias para a exploração de serviço público. Obteve, por um lado, o direito de explorar tal serviço, que contabilizou no ativo, e, por outro, obrigou-se a duas prestações distintas, escrituradas no passivo: realizar benfeitorias nas instalações arrendadas, nos termos previstos no contrato, e prover mensalmente ao órgão concedente uma remuneração composta por uma parte fixa e uma parte variável, calculada em função dos serviços prestados;*
- *O contrato não previa a exigência de nenhum desembolso inicial por parte da concessionária, como acontece em outras modalidades de concessão*
- *Tanto o ativo quanto o passivo foram estimados pelo valor unificado de R\$ 150.000.000,00;*
- *Até 09/1999 a fiscalizada contabilizava como despesas apenas as efetivamente incorridas. A partir de 10/1999 alterou seu critério, de forma equivocada, já que passou a beneficiar-se de totais estimados, escriturados no ativo e passivo, nem sempre coincidentes com aqueles repassados ao órgão;*
- *O procedimento correto seria não reconhecer no ativo e no passivo os valores a que a concessionária se obrigou, ainda não incorridos, a título de remuneração e realização de benefícios*
- *O procedimento contábil aqui apontado como equivocado teve como objetivo a dedução indevida das despesas de variações monetárias incidentes sobre o passivo, bem como a amortização indevida do ativo escriturado;*
- *Os valores indevidamente amortizados foram discriminados na tabela de fls 13.667. Consistem nas diferenças entre os totais efetivamente amortizados (cta 3301040103- Amortização cto concessão) e os efetivamente incorridos (2111010103- contrato concessão);*
- *Todas as despesas de variações passivas referentes a indexação de valores atinentes aos contratos de concessão foram tidas como indevidas e glosadas. Os valores considerados tributáveis foram expostos na Tabela de fls 13.669;*

3ª Infração: Compensação Indevida de Prejuízos Fiscais e Base Negativa de CSLL

Em função dos valores tributáveis apurados para os anos de 2012 e 2013 o estoque de prejuízos fiscais e bases negativas a compensar foi reduzido, mostrando-se insuficiente, a partir do primeiro trimestre de 2014, para as compensações realizadas em DIPJ.

Às fls 13.671 foi elaborada tabela que indica e demonstra, por trimestre, os valores indevidamente compensados.

3. Da impugnação

Inconformada, a interessada apresentou a impugnação de fls 13.681/13.722 na qual alega, preliminarmente, a nulidade do procedimento, ocasionado pelos fatos a seguir:

3.1- Preliminar de nulidade

- A acusação fiscal deve ser clara e precisa, além de preencher os requisitos do art 10 do Decreto 70.235/72;*
- A autuação parte do pressuposto de que a Advent International seria a verdadeira adquirente do investimento na TCP03 e não a TCP12, juntamente com a Portos e Serviços Logísticos Participações Adjacentes SA e a Paranaguá Movimentação de Containers Participações SA;*
- Porém, não esclareceu a autoridade autuante se: (i) teria sido desconsiderada a personalidade jurídica das três adquirentes efetivas, com base no art 50 do Código Civil; (ii) teria sido aplicado, na hipótese, o art 116 do CTN, ou, ainda se (iii) teriam sido encontrados vícios nos negócios praticados, tais como simulação, fraude, abuso de direito, etc.*
- A impugnante desconhece, portanto, as razões e fundamentos legais que levaram à desconsideração da TCP12, da Portos e Serviços Logísticos Participações Adjacentes SA e da Paranaguá Movimentação de Containers Participações SA como adquirentes da TCP03*

3.2 Mérito

3.2.1 - 1ª Infração: Glosa de despesas com amortização de ágio na aquisição de participação acionária

- A reorganização societária que é objeto dos autos foi apreciada e aprovada pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE – doc 05) e pela Agência Nacional de Transportes Aquavários (ANTAQ – doc 06);*
- A autuação parte do pressuposto de que a Advent International seria a verdadeira adquirente do investimento na TCP03. Esta sociedade teria permanecido, segundo relato, com o investimento da TCP03 em seu balanço patrimonial, não sendo portanto cumpridos*

os requisitos previstos nos artigos 7º e 8º da Lei 9.5332/97 para aproveitamento do ágio;

□ Não é verdade que a Advent International manteve o registro contábil do investimento em TCP03, pois tal investimento, na verdade, foi realizado com recursos financeiros de milhares de investimentos estrangeiros. A Advent é mera gestora de recursos que, no caso, foram utilizados para aquisição das ações da TCP03;

□ A Advent International é uma gestora de private equity global, que organiza fundos de Investimento no exterior, congregando investidores de variados perfis para investimentos em conjunto, tais como fundos de pensão públicos e privados, fundações, Universidades, fundos de fundos, instituições financeiras, etc

□ No caso específico, os recursos necessários para a aquisição das ações da TCP03 são originários de 2 Fundos ERISA (Fundos de Pensão de Funcionários norte-americanos) e de outros investidores congregados em diversos fundos de investimento LAPAF (“Latin American Private Equity Fund”). Considerando que por questões regulatórias os recursos financeiros dos grupo ERISA deveriam estar segregados, a estrutura utilizada para o investimento envolveu 03 blocos;

□ Uma das exigências dos FIPs é que devem investir no mínimo 90% de seu patrimônio em valores mobiliários que representem participações societárias em sociedades anônimas

□ Inicialmente, além dos recursos captados junto aos investidores pulverizados no exterior, a aquisição da TCP 03 também seria efetuada com empréstimos captados junto ao Banco Bradesco. O empréstimo seria tomado por sociedades controladas pelos FIPs, visto que estes não podem captar empréstimos (CVM 391/2003);

□ Este fato somado à necessidade de agilidade e flexibilidade na gestão empresarial levou à constituição das holdings Paranaguá Containers e Reefers Participações SA, Infraestrutura Portos e Serviços Participações SA e Paraná Logística Portuária Participações SA, e das sociedades Terminal Portuário Movimentação e Armazenagem Participações SA, Portos e Serviços Logísticos Adjacentes Participações SA e Paranaguá movimentação de Containers e Participações ;

□ O investimento na TCP03 foi estruturado por meio da utilização de Fundos controlando sociedades anônimas, ainda que isso ampliasse os custos. Não há, porém, nenhuma irregularidade nas formas escolhidas, vistos que todas as normas regulatórias foram cumpridas;

□ A linha argumentativa desenvolvida pela impugnante baseia-se na informação de que a Advent International teria sido a efetiva adquirente da TCP 03. Neste sentido, foram carreadas informações

extraídas do site da impugnante, no sentido de que a Advent seria sua acionista;

□ Ocorre que as informações do site tem por objetivo informar os principais acionistas da sociedade que explora o Terminal de Containers de Paranaguá, e não discorrer, de forma técnica e precisa, sobre a sua estrutura jurídica de controle;

□ A estrutura de investimento adotada pelos investidores congregados pela Advent possuiu sólido propósito comercial e respeitou limitações normativas;

□ As efetivas adquirentes da TCP03 foram a Terminal Portuário Movimentação e Armazenagem Participações SA, a Portos e Serviços Logísticos Adjacentes Participações SA e a Paranaguá Movimentação de Containers Participações SA,

□ Além disso, resta incontroverso, nos autos, que o ágio em foco foi efetivamente pago, gerado entre partes não relacionadas e fundamentado em expectativas de rentabilidade futura. Assim ocorrendo, a partir da incorporação das adquirentes da TCP03 por esta ou vice-versa, surge o direito a amortização do ágio conforme arts 7º e 8º da Lei 9.532/97;

□ Pela lógica legal, o que justifica a amortização fiscal do ágio fundamentado na expectativa de rentabilidade futura é o emparelhamento da despesa (ágio) com as receitas por elas geradas, de modo que a partir da união dos patrimônios da investida e investidora a amortização se torna possível;

□ A fiscalização reconhece que em 31/10/2011 a TCP03 foi incorporada pela TCP12, que anteriormente, nesta mesma data, incorporou também as sociedades Portos e Serviços Logísticos Adjacentes Participações SA e a Paranaguá Movimentação de Containers Participações SA

□ A acusação é a de que a TCP12, a Portos e Serviços Logísticos Adjacentes Participações SA e a Paranaguá Movimentação de Containers Participações SA seriam empresas veículos que operaram no lugar da real adquirente dos investimentos – Advent International. Assim, não teria havido a necessária confusão patrimonial para a amortização do ágio;

□ Porém, a Advent é mera gestora de Fundos de Investimentos que, por sua vez, canalizam recursos do exterior. Estes recursos ingressaram no Brasil de forma legal, foram declarados pelo Banco Central e transferidos para a TCP12, a Portos e Serviços Logísticos Adjacentes Participações SA e a Paranaguá Movimentação de Containers Participações SA

□ O equívoco da alegação fiscal pode ser facilmente constatado quando analisados os documentos relacionados a esta operação,

quais sejam : (i) contrato de compra e venda do investimento em TCP03, que claramente indica quais são as adquirentes (doc 03); (ii) o custo de aquisição destes investimentos devidamente registrado nos balanços da investida;

□ A fiscalização pautou seu entendimento em meras alegações, sem apresentar quaisquer provas que as fundamentasse e sem proceder a qualquer questionamento acerca da documentação disponibilizada. Seus argumentos têm como base, apenas, informações extraídas de forma descontextualizada do site da impugnante;

□ É certo que na jurisprudência do CARF encontram-se precedentes em que a análise da validade das operações realizadas leva em conta o aspecto temporal. Neste sentido, foram consideradas efêmeras sociedades cuja existência foi de poucos dias ou horas.

□ Os casos aqui relatados, porém, não retratam sociedades de existência efêmera. A TCP12 existe até hoje e as demais adquirentes foram criadas antes do investimento na TCP03. Além disso, durante o período de sua existência, as adquirentes cumpriram suas obrigações fiscais, contrataram com terceiros e desenvolveram atividades típicas das holdings (doc 10 e 11);

□ Mas ainda que assim não fosse, não há na legislação vedação à utilização de empresas veículo;

□ Por todo o exposto, fica demonstrado que a TCP12, a Portos e Serviços Logísticos Adjacentes Participações SA e a Paranaguá Movimentação de Containers Participações SA são as verdadeiras adquirentes da TCP03, fato este que comprova a confusão patrimonial necessária à dedutibilidade do ágio;

□ Em relação ao laudo, a fiscalização alega que não poderia ser acatado para os fins pretendidos, já que assinado cerca de 90 dias após a conclusão da transação. Porém, não existia, à época dos fatos - (2011), obrigatoriedade de elaboração de laudo;

□ O laudo apresentado é anterior à incorporação das sociedades e à amortização do ágio, que se iniciou no último trimestre de 2011;

□ Como se verifica da simples leitura do laudo apresentado, foi elaborado com base em demonstrativos internos que não chegaram a ser solicitados pela fiscalização, mas que foram espontaneamente trazidos aos autos (doc 12- fls 14.297);

3.2.2 - 2ª Infração: Glosa de despesas decorrentes de contrato de concessão (variações monetárias passivas e amortização de ativo)

□ A autuada vem sendo perseguida por várias autuações com o mesmo objeto, apesar da decisão favorável que obteve na CSRF (Câmara Superior de Recursos Fiscais) e na Justiça Federal;

- *A própria autoridade autuante reconhece que soluções de consulta diversas vem sendo decididas no mesmo sentido em que decidiu a CSRF;*
- *Nada justifica a impugnante, a cada exercício, ser submetida ao entendimento do fisco local que, por vezes, contraria a tese consagrada pela CSRF e pela própria justiça federal, causando-lhe prejuízos consideráveis;*
- *Não seria possível cumprir, contabilmente, a decisão da CSRF de registrar ativo e passivo em 1999, e a partir daí, a cada exercício subsequente, ser autuado;*
- *O valor atribuído à concessão, tanto no ativo quanto no passivo, não foi o estimado, mas o calculado com base em elementos sólidos, contratuais, perfeitamente identificáveis (cláusulas 11ª a 12ª). Tal valor foi calculado e demonstrado no anexo IV, quadro 3 – “Valor referencial da proposta comercial” -, onde se identifica os montantes mínimos a serem pagos à APPA;*
- *Como se verifica da simples leitura do laudo apresentado, foi elaborado com base em demonstrativos internos que não chegaram a ser solicitados pela fiscalização, mas que foram espontaneamente trazidos aos autos (doc 12- fls 14.297);*

3.2.2 - 2ª Infração : Glosa de despesas decorrentes de contrato de concessão (variações monetárias passivas e amortização de ativo)

- *A autuada vem sendo perseguida por várias autuações com o mesmo objeto, apesar da decisão favorável que obteve na CSRF (Câmara Superior de Recursos Fiscais) e na Justiça Federal;*
- *A própria autoridade autuante reconhece que soluções de consulta diversas vem sendo decididas no mesmo sentido em que decidiu a CSRF;*
- *Nada justifica a impugnante, a cada exercício, ser submetida ao entendimento do fisco local que, por vezes, contraria a tese consagrada pela CSRF e pela própria justiça federal, causando-lhe prejuízos consideráveis;*
- *Não seria possível cumprir, contabilmente, a decisão da CSRF de registrar ativo e passivo em 1999, e a partir daí, a cada exercício subsequente, ser autuado;*
- *O valor atribuído à concessão, tanto no ativo quanto no passivo, não foi o estimado, mas o calculado com base em elementos sólidos, contratuais, perfeitamente identificáveis (cláusulas 11ª a 12ª). Tal valor foi calculado e demonstrado no anexo IV, quadro 3 – “Valor referencial da proposta comercial” -, onde se identifica os montantes mínimos a serem pagos à APPA;*

- *Este critério é compatível com o que foi decidido pela CSRF no acórdão 9001-00.445, que estabelece, às fls 21, item i, que o valor atribuído à concessão deve ser “avaliado pelo valor a ser quitado da obrigação para com o poder concedente”;*
- *O auto de infração foi fundamentado em erro material: O valor contabilizado pela interessada foi o decorrente da aplicação das cláusulas 10 a 12 (valores mínimos), e não o valor estimado, referido na cláusula 8ª. Os docs juntados aos autos assim comprovam (doc 13);*
- *O auto discorre sobre contabilização de custos de realização de obras ou serviços futuros, quando a empresa não levou este item a ativo ou passivo. As despesas objeto do auto aqui discutido decorrem exclusivamente da anterior contabilização de ativo e de passivo cujo valor foi calculado exclusivamente sobre obrigações incondicionais de pagar;*
- *A impugnante seguiu o Parecer IT 08 do CFC que em seu item 17 preceitua que “ o concessionário deve reconhecer um ativo intangível à medida que recebe o direito (autorização) de cobrar os usuários dos serviços públicos;*
- *Respeitando a mesma orientação técnica e o princípio da prudência, a impugnante limitou-se a escriturar como ativo o preço fixo, preciso, a ser pago pela concessão. Não contabilizou obras ainda não realizadas nem expectativas de recebimentos futuros;*
- *A pretensão fiscal de somente acatar a contabilização da concessão mediante desembolsos efetivos é despropositada e sem base. A seguir este raciocínio, o valor do ativo intangível concessão cresceria sempre, atingindo valor máximo ao fim do contrato de concessão (25 anos, no caso);*
- *A autoridade autuante admite que para o período 1999-2002 a interessada pode e deve seguir a contabilização avalizada pela CSRF. Supõe, porém, em confronto ao princípio da continuidade, que desta contabilização não decorra quaisquer efeitos para os anos futuros. Não é possível recusar tais efeitos sem aos mesmo tempo recusar cumprimento à coisa julgada e à decisão definitiva da CSRF para a específica contabilização;*
- *Não se deve olvidar que o auto de infração glosa deduções contábeis decorrentes de ativo e passivo registrados no início do contrato de concessão, em obediência à decisão da CSRF;*
- *Segundo este raciocínio, seria permitido que a cada ano fosse adotada sistemática diversa de registro dos fatos contábeis;*

3.2.3 – Juros de mora sobre multa de ofício

□ *Incabível a exigência de juros de mora sobre multa de ofício lançada, em razão do disposto no art 161 do CTN, conforme já decidido pela CSRF no PA 10680.002472/2007-23.*

Após análise da impugnação, os membros da 6ª Turma da DRJ/RJO negaram-lhe provimento, considerando devida a integralidade dos valores lançados, conforme denota a ementa do Acórdão nº 12-91.993, a seguir transcrita:

“ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2012, 2013, 2014

REORGANIZAÇÃO SOCIETÁRIA. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. NECESSIDADE DE PROPÓSITO NEGOCIAL.

Não são dedutíveis, nos termos do art 386 do RIR/1999, as parcelas de amortização de ágio criado e transferido em operações de reorganização societária apenas formais, sem substância econômica.

ÁGIO NA AQUISIÇÃO DE PARTICIPAÇÃO ACIONÁRIA. DEMONSTRATIVO QUE RESPALDA CONTABILIZAÇÃO.

O demonstrativo de que trata o § 3º do art 385 do RIR/1999 deve ser anterior a aquisição acionária que gerou o ágio.

CONTRATOS DE CONCESSÃO. CONTABILIZAÇÃO

Os contratos de concessão não possuem característica intrínseca que lhes determine sistemática certa e pré-determinada de contabilização. O que determina a forma do seu reconhecimento contábil é a substância material do vínculo nele estabelecido (essência do fato contábil).

SELIC. INDEXAÇÃO DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO.

Por expressa determinação legal, a Selic incide sobre a totalidade do crédito tributário constituído

LANÇAMENTOS CONEXOS. CSLL.

Na ausência de especificidades, aos lançamentos formalizados a partir da mesma base fática aplica-se o mesmo julgado

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido”

Inconformada, a contribuinte interpôs Recurso Voluntário submetendo o processo a apreciação por este Conselho, reiterando os argumentos aduzidos em 1ª instância, além de confrontar a decisão recorrida nos seguintes pontos:

1. Com relação à preliminar de nulidade, a recorrente afirma que a r. decisão de primeira instância não apontou qual teria sido o fundamento utilizado pela autoridade fiscal para justificar a desconsideração da personalidade jurídica das adquirentes;
2. A r. decisão ora recorrida buscou descontextualizar a aprovação dos órgãos reguladores, escolhendo trechos aleatórios para tentar identificar uma suposta prova de que a reorganização societária efetuada tinha sido premeditada e que não teria interesse econômico;
3. A decisão da DRJ reconheceu que a legislação da época não exigia propriamente a elaboração de um laudo; reconheceu, também, a tempestividade da apresentação do documento que demonstraria a razão por que se pagou ágio. No entanto, em análise extremamente superficial dos documentos apresentados, a r. decisão recorrida limitou-se a apontar que o “título” do documento (“memorando de investimento”) e a suposta ausência de uma “conclusão” significariam que o documento apresentado não serviria para fundamentar a rentabilidade futura.
4. Ainda com relação ao laudo, a recorrente afirma que o motivo pelo qual a DRJ desconsiderou este documento (isto é, a ausência de “título” e a suposta ausência de “conclusão”, demonstra-se incoerente com sua própria assertiva, no sentido de afirmar que o demonstrativo “*não possuía requisitos quanto à forma*”;
5. A decisão recorrida incorre nos seguintes equívocos quando aborda o tópico do registro contábil do contrato de concessão:
 - 5.1. Confunde concessão de serviço público com arrendamento mercantil, quando as normas da CVM, a literatura técnica, especialmente contábil e a legislação tratam esses temas como diversos, sujeitos a critérios contábeis diferentes;
 - 5.2. Aceita contabilização de ativo intangível, mas apenas contra despesa efetivamente paga, e mesmo assim desconsidera esse ativo e esses pagamentos, glosando todas as amortizações;
 - 5.3. Ao computar o valor do ativo intangível pelo montante efetivamente despendido, provoca como resultado que o contrato de concessão aumentaria de valor ao longo de sua vigência, na proporção inversa do prazo restante para auferir receitas em decorrência deste, o que constitui, *data venia*, rematado absurdo;
 - 5.4. O contrato de concessão de serviços públicos que consista na outorga de direito de exploração deve ser registrado no ativo, como diz a IFRICS 12, item 17, traduzido pelo ICPC 01: “17. O concessionário deve reconhecer um ativo intangível à medida em que recebe o direito (autorização) de cobrar os usuários dos serviços públicos”. Quando recebido todo o

- direito, na assunção do contrato, todo o ativo intangível deve ser contabilizado;
- 5.5. O valor do ativo deve ser mensurado pelo total da despesa incorrida para sua obtenção. Mas, ao contrário do que afirma o acórdão recorrido, “despesa incorrida” não equivale a “despesa já paga”, mas sim valor em caixa ou equivalente inequivocamente comprometido para a remuneração do ente outorgante, ainda que a remuneração venha a ser paga em parcelas ou em data futura;
 - 5.6. As normas contábeis e tributárias indicadas nas razões acima alinhavadas fazem expressa menção a “obrigações assumidas” quando tratam da avaliação desse ativo intangível, de modo que não há dúvida de que a interpretação fiscal é fadada ao insucesso;
 - 5.7. Assim avaliado o ativo, não resta dúvida de que o passivo há de ser avaliado pelo mesmo critério, pelo somatório dos valores fixos incondicionalmente devidos ao ente concedente;
 - 5.8. O valor atribuível ao ativo e ao passivo encontra-se perfeitamente calculado, sem margem para erro, no anexo da proposta comercial apresentada pelo consórcio vencedor do certame. O valor foi apresentado na impugnação e constitui compromisso líquido, certo e incondicional, base fidedigna, portanto, para a contabilização, nos termos do que preconizam as orientações das ciências contábeis;
 - 5.9. A contabilização é de direito seja porque legitimada pelas melhores interpretações contábeis, pela legislação tributária, pelas soluções de consulta da Receita Federal do Brasil e pelo acórdão da CSRF que decidiu a questão da contabilização do contrato de concessão para a própria Recorrente;
 - 5.10. Além disso, e por muito maior razão, a contabilização deve ser feita porque assim determinada em sentença judicial transitada em julgado. O Juízo federal determinou que a contabilização seja aceita a partir de julho de 1999 na forma do decidido pela CSRF, de modo que ela não pode ser considerada errada, sendo vedado seu estorno integral posterior por qualquer outro motivo.

Não houve requisição dos autos para apresentação de contrarrazões pela PGFN.

Após, interessada ainda peticionou no processo, para trazer ao conhecimento deste Colegiado, fato superveniente, ou seja: i) o Acórdão CVM Reg. Col. 0750/2017 (Processo Administrativo CVM 19957.001623/2016-02; fevereiro de 2018), de interesse de

Santos Brasil Participações S/A, concessionária do terminal de contêineres do Porto de Santos-SP; e ii) Acórdão DRJ nº 06.60394, da 1ª Turma da DRJ Curitiba, proferido em favor da interessada, o qual trata do valor a ser reconhecido na contabilidade relativamente ao contrato de concessão.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Marcos Antonio Nepomuceno Feitosa – Relator.

Presentes os requisitos de admissibilidade recursal, tomo conhecimento do presente Recurso Voluntário.

Da Preliminar de Nulidade

Em sede preliminar, a recorrente alega a nulidade do lançamento ao reputar que a constituição do crédito tributário ter-se-ia dado, em síntese, com preterição do direito de defesa.

No entanto, não é o que se observa. Como bem identificado pela decisão recorrida, a desconsideração dos negócios jurídicos praticados pelas empresas veículo, deu-se porque a autoridade fiscal reputou que a Advent International foi a verdadeira adquirente do investimento na TCP03. Destacou para tanto, que foram colhidas informações no site da autuada; foram ressaltados os aspectos cronológicos das operações envolvidas; foi mencionada a utilização de empresas veículo não operacionais; foi apontado um laudo que, pela sua data, não serviria para respaldar o ágio gerado, etc.

Dessa forma, ainda que formalmente intocáveis, mas por ausência de substância econômica, a autoridade fiscal entendeu que não estariam preenchidos os requisitos previstos em lei para a amortização do ágio.

A Recorrente então, rebate a afirmação de que a suposta ausência de substância econômica seria fundamento legal a autorizar a desconsideração de personalidade jurídica, de forma a macular as operações. Assevera ao final, que os Autos de Infração recorridos devem ser cancelados em virtude da ausência de fundamento legal para a desconsideração da personalidade jurídica das adquirentes, matéria esta que se relaciona com o mérito da questão, diferentemente das hipóteses de nulidades inscritas na lei que disciplina o PAF.

Desse modo, não se verificando o enquadramento dos fatos às hipóteses inscritas no art. 59, do Decreto-lei n.º 70.235/72, rejeito a preliminar de nulidade aventada.

Da Amortização de Ágio Pago na Aquisição de Investimentos

Laudo de Avaliação do Ágio

Com relação a desconsideração do laudo que deu fundamentação ao ágio em análise, a decisão recorrida começa ratificando as afirmações da Turma Julgadora “*a quo*”,

para quem o laudo apresentado não seria hábil à sustentação do ágio contabilizado pela interessada, uma vez que possuía data posterior ao evento de aquisição acionária.

A decisão recorrida segue reconhecendo que caso os demonstrativos internos trazidos pela interessada na impugnação sejam hábeis a consolidar a prova pretendida, tais documentos deveriam ser acatados. E isto se demonstra correto, a rigor das disposições constantes no Decreto-lei n.º 70.235/72.

Em seguida, o *decisum* reputa que no demonstrativo anexado à peça impugnatória não existiria qualquer alusão a qual seria o justo valor de mercado da participação acionária, e nem quanto a possível sobrepreço (ágio) motivado por expectativas de “rentabilidade futura”. Vejamos o trecho em comento:

“A versão traduzida para o vernáculo do demonstrativo trazido aos autos foi intitulada “memorando de investimento” e dele não consta, a título de conclusão, qualquer alusão a qual seria o justo valor de mercado da participação acionária, e nem quanto a possível sobrepreço (ágio) motivado por expectativas de “rentabilidade futura”, que é o único tipo de ágio passível de amortização dedutível, nas hipóteses do art. 386, inciso III do RIR/1999. Em tais condições, não pode ser acatado. Até porquê, vale ressaltar, nem mesmo a cópia do razão apresentada, com a contabilização do ágio, (fls 13.623) o identifica como oriundo de expectativas de rentabilidade futura.” (fl. 26, Acórdão n.º 12-91.993 – DRJ/RJO)

Partindo disso, a decisão recorrida admitiu a conclusão da fiscalização de que não teria sido apresentado o demonstrativo necessário a legitimar a origem do ágio objeto do processo.

Pois bem. Começamos pela disposição legal que disciplina a matéria. Trata-se do art. 385, §3º, do RIR/99 que assim dispõe:

“Art. 385. 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 (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20):

I - valor de patrimônio líquido na época da aquisição, determinado de acordo com o disposto no artigo seguinte;
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 inciso anterior.

(...)

§3º O lançamento com os fundamentos de que tratam os incisos I e II do parágrafo anterior deverá ser baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20, § 3º)”

Como se observa da leitura do § 3º, acima transcrito, de fato, não está prevista a necessidade de que o arquivamento do laudo seja contemporâneo à escrituração do ágio. Da inteligência do dispositivo acima, deve-se extrair que a demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração deve, isto sim, reportar-se aos fatos contemporâneos à aquisição, não sendo obrigatório que ele (laudo/demonstração) seja contemporâneo ao fato jurídico que originou o ágio.

Nesse sentido, inclusive, já me pronunciei no Acórdão n.º 1302-002.126, de minha relatoria, cujo trecho relacionado segue transcrito abaixo:

“Por fim, com relação à ausência de contemporaneidade do laudo ao momento da aquisição, entendo que a demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração, deve se prestar a explicar o motivo do sobrepreço pago na aquisição, sendo necessário, para tanto, que a referida demonstração se reporte aos fatos contemporâneos à aquisição, e não que seja ele (laudo/demonstração) contemporâneo à aquisição. É o que se compreende do seguinte precedente deste Conselho:

*ÁGIO. FUNDAMENTO. DEMONSTRAÇÃO
CONTEMPORÂNEA AOS FATOS. NECESSIDADE.*

A lei exige que o lançamento do ágio com base no valor de mercado ou na expectativa de rentabilidade futura seja baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração.

Não há a exigência de que a comprovação se dê por laudo, mas por qualquer forma de demonstração, contemporânea aos fatos, que indique por que se decidiu por pagar um sobrepreço.

Caso em que se demonstrou que o ágio foi pago com base na expectativa de resultados futuros, tanto por documentos contemporâneos ao investimento, quanto por laudo elaborado posteriormente com base em informações da época.

Destarte, tendo em conta que o contribuinte apresentou demonstrativo apto a demonstrar a rentabilidade que se espera obter com a aquisição da MOEMA PAR, entendo presente o fundamento econômico alegado.” (fls. 36/37, Acórdão CARF n.º 1302-002.126)

Entretanto, a DRJ não acatou o laudo arquivado pois nele não consta, à título de conclusão, qualquer alusão a qual seria o justo valor de mercado da participação acionária, e nem quanto a possível sobrepreço (ágio) motivado por expectativa de rentabilidade futura.

Quanto a este ponto, é de se destacar que a interessada traz Demonstrativo (Doc. 12 da Impugnação, fls. 14.361/14.425), com o fito de atender à exigência descrita no § 3º, do art. 385, do RIR/99. Neste documento, a Recorrente traz (a) Demonstração do Resultado do Exercício projetada até 2048 (prazo final da concessão), (b) balanço patrimonial projetado até 05 anos posteriores à aquisição e (c) demonstração de fluxo de caixa projetado nos 05 anos posteriores à data da aquisição.

Sobre essas demonstrações financeiras projetadas a Turma “*a quo*” não se pronunciou; limitando-se a, na decisão recorrida, afirmar que no “memorando de investimento não consta, *a título de conclusão, qualquer alusão a qual seria o justo valor de mercado da participação acionária, e nem quanto a possível sobrepreço (ágio) motivado por expectativas de “rentabilidade futura”*”.

No entanto, a rejeição do Demonstrativo apresentado não passou pelos critérios materiais adotados; pois, caso o fizesse deveria ter se pronunciado quanto aos demonstrativos financeiros projetados. Diversamente, a decisão recorrida rejeita o Demonstrativo, única e exclusivamente, pela falta de destaque expresso para aquele que seria o sobrepreço pago na operação que gerou ágio.

A meu ver, a falta de indicação expressa do valor do ágio relaciona-se muito mais com uma exigência de cunho formal, exigência esta, inexistente na legislação vigente à época dos fatos, como reconhecido pela própria decisão, inclusive.

À título de exemplo, o precedente transcrito linhas acima, descreve que fundamento econômico do ágio deve se dar por qualquer forma de demonstração, contemporânea aos fatos, que indique porque se decidiu por pagar um sobrepreço. Destarte, o Demonstrativo deve ser exigido como comprovação de que o investidor pagou um sobrepreço acreditando que aquele investimento iria carrear-lhe resultados futuros, numa tentativa de minorar a subjetividade e intangibilidade dos registros de ágio.

In casu, o Demonstrativo constante na Impugnação (Doc. 12) possui muitos elementos para fundamentar a decisão do investidor por pagar um sobrepreço na aquisição do investimento; sendo isto suficiente a comprovar a decisão do investidor em pagar ágio na aquisição de um investimento.

A falta de indicação expressa no laudo/demonstrativo quanto ao valor que deveria ser pago a título de ágio configura-se, assim, uma exigência de cunho formal que não encontra amparo no art. 385, § 3º, do RIR/99, ou em qualquer outro dispositivo de lei vigente à época dos fatos.

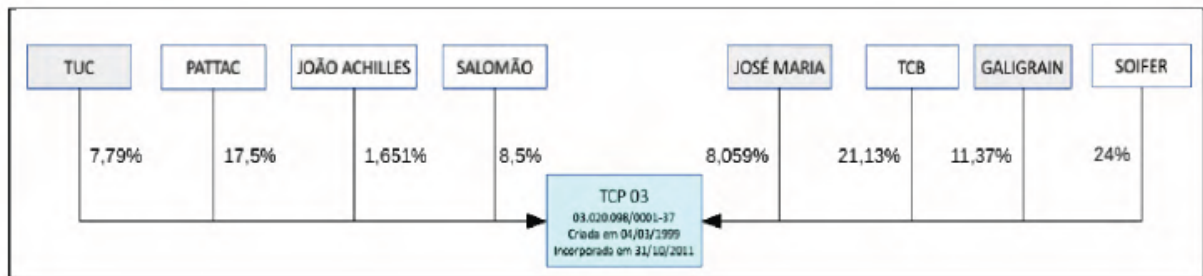
Desse modo, deve ser afastado o entendimento da fiscalização e da DRJ, no sentido de que não teria sido apresentado o demonstrativo necessário a legitimar a origem do ágio que é objeto deste processo.

Requisitos de Admissibilidade do Ágio

Com relação ao mérito da questão atinente à possibilidade de amortização de ágio, a decisão recorrida reputa que os fatos sob análise não são suficientes ao preenchimento das condições de dedutibilidade previstas no art. 386 do RIR/99, por entender que as várias operações em sequência não tiveram propósito comercial ou jurídico além da obtenção de vantagens tributárias.

Pois bem. O ágio em questão surgiu a partir da aquisição de 50% das ações do TCP 03 pela fiscalizada (TCP 12), juntamente com as empresas Paranaguá Movimentação de Contêineres Participações S/A e a Portos e Serviços Logísticos Adjacentes Participações S/A, em julho de 2011.

À época de sua alienação, a empresa TCP 03 era detida por oito acionistas, conforme Figura 1 do Relatório Fiscal, abaixo reproduzida:

Figura 1: Estrutura Societária do TCP 03 antes da alienação

O contrato de compra e venda de 50% das ações da empresa TCP 03 foi assinado em 21/12/2010 (Doc. 03 da Impugnação), e tinha de um lado os compradores (TCP 12, Paranaguá Participações e Portos e Serviços Participações); e de outro lado os vendedores (José Maria, João Achilles, Salomão, Pattac, TCB e Galigrain), e as empresas intervenientes garantidoras (TUC e Soifer).

Para ilustrar, colaciono abaixo o Preâmbulo do Contrato (Figura 2 do Relatório Fiscal, fl. 13618):

Figura 2: Preâmbulo do CONTRATO

CONSIDERANDO QUE:

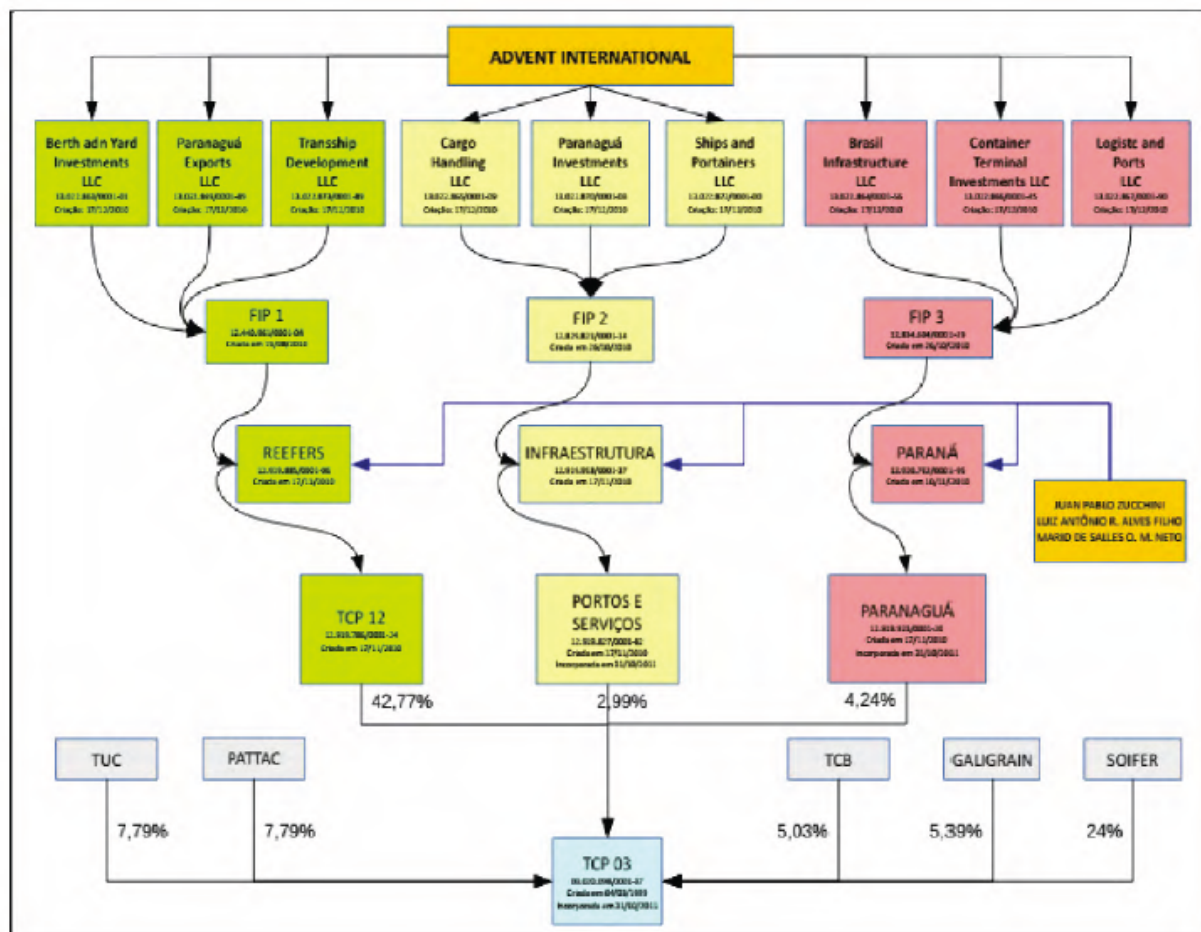
A. Os Vendedores e as Garantidoras atualmente possuem 8.116.936 ações ordinárias de emissão da Companhia, representativas de 100% de seu capital social e votante, na seguinte proporção:

| Vendedor | nº de ações | % |
|-------------------|------------------|------------|
| Salomão | 689.940 | 8,500 |
| José Maria | 654.168 | 8,059 |
| João Achilles | 133.987 | 1,651 |
| Soifer | 1.948.065 | 24,000 |
| Tuc Participações | 632.309 | 7,790 |
| TCB | 1.714.879 | 21,127 |
| Galigrain | 923.124 | 11,373 |
| Pattac | 1.420.464 | 17,500 |
| Total | 8.116.936 | 100 |

B. Os Vendedores pretendem vender 4.058.468 ações por eles detidas no capital social da Companhia, representando 50% do total de seu capital social e votante;

A Fiscalização destaca que no outro polo (das compradoras), todas as empresas eram controladas indiretamente pela ADVENT INTERNATIONAL CORPORATION, fundo de investimentos sediado nos EUA.

Adiante a Fiscalização, descreve todo o arranjo societário por trás da fiscalizada (TCP 12), e resume no seguinte diagrama (Figura 4 do Relatório Fiscal, fl. 13621):

Figura 4: Estrutura Societária do TCP 03 após aquisição pela ADVENT

A Fiscalização constata que a aquisição da empresa TCP 03 foi feita por três compradores/empresas diferentes, as quais pagaram, cada uma, sobrepreço pela aquisição de 50% das ações de TCP 03, logo, houve a formação de três ágios, assim discriminados:

| | |
|--|--------------------|
| ✓ TCP 12 | R\$ 538.197.320,50 |
| ✓ PORTOS E SERVIÇOS PARTICIPAÇÕES | R\$ 37.684.709,99 |
| ✓ PARANAGUÁ MOVIMENTAÇÃO PARTICIPAÇÕES | R\$ 53.294.809,01 |
| ✓ TOTAL | R\$ 629.176.839,54 |

Conforme Demonstrativo de Ágios, disponibilizado no curso da Diligência Fiscal de 2012, acostado juntamente com o Termo de Intimação Fiscal nº 01 (fls. 135/140), o valor total acima fora apurado pela diferença entre o valor total pago por cada uma das adquirentes e o respectivo percentual do Patrimônio Líquido do TCP 03 que estava sendo adquirido. Entretanto, uma parte desta diferença foi atribuída ao Contrato de Concessão PPA (R\$ 474.248.339,54) e outra ao Ágio na Aquisição (R\$ 159.503.000,00), havendo ainda um ajuste negativo de R\$ 4.574.500,00, a título de provisão para contingências relativa a este contrato com a APPA.

Ato contínuo, cerca de 3 meses depois da aquisição descrita no contrato retro mencionado, em outubro de 2011, o TCP 12 incorporou, primeiramente, a PARANAGUÁ PARTICIPAÇÕES e a PORTOS E SERVIÇOS PARTICIPAÇÕES, e em ato posterior, no

mesmo dia, o TCP 03. Neste mesmo ato, o TCP 12 alterou sua razão social, passando a utilizar o mesmo nome do TCP 03, que acabara de incorporar.

Com as incorporações acima relatadas, o TCP 12 passou a amortizar o ágio de R\$ 159.503.000,00, o qual contempla não só o ágio gerado pelo próprio TCP 12, mas também as parcelas geradas pela Paranaguá Participações e pela Portos e Serviços Participações.

Destarte, a Fiscalização procedeu a glosa das amortizações de ágio sob o argumento de que a ADVENT International teria sido a verdadeira adquirente das ações da “TCP 03”; e que a “TCP 12”, a Portos e Serviços Logísticos Participações Adjacentes SA e a Paranaguá Movimentação de Containers Participações SA foram empresas veículos, de existência efêmera, criadas a fim de originar ágio e torná-lo amortizável. Logo, não tendo sido a fiscalizada a real adquirente do investimento, esta não poderia usufruir do benefício previsto no art. 386 do RIR/99.

De seu turno, a decisão ratifica a glosa da amortização de ágio, em síntese, pela ausência de propósito negocial, notadamente, pela utilização de empresas veículo para gerar e amortizar o ágio em questão, admitindo, portanto, que os fatos descritos não preenchem as condições de dedutibilidade impostas pelo art. 386 do RIR/99, como se denota dos seguintes trechos do *decisum*:

“O prévio planejamento de etapas, a sucessão dos atos, a proximidade temporal entre eles, o fato de as empresas veículo não terem tido outras atividades operacionais além das que foram aqui tratadas, os registros que dão conta de que a Advent era de fato a investidora na TCP03, bem como o fato de que, ao fim, apesar de a TCP03 ter sido formalmente extinta, prosseguiu suas atividades sob a casca da TCP12, que inclusive adotou a denominação da antiga TCP03, são indicadores que apontam na mesma direção: os atos negociais aqui tratados foram apenas formais e objetivaram gerar e amortizar ágio que, de outra forma, se considerado um investimento direto da Advent na TCP03, seria não dedutível.

Embora os fatos descritos, isoladamente e do ponto de vista meramente formal, não denotem ilicitude, a moderna doutrina acerca de planejamento tributário não se satisfaz com a simples constatação da legalidade das operações, mas sim, exige motivação extra-tributária.

(...)

Sob o enfoque acima, uma vez constatado que, no presente caso, as empresas envolvidas organizaram várias operações em seqüência, sem outro propósito negocial ou jurídico além da obtenção de vantagens tributárias, a conclusão é a de que tais operações artificialmente engendradas não preenchem as condições de dedutibilidade previstas no art 386 do RIR/1999”. (fl. 31 do Acórdão n.º 12-91.993)

Pois bem. Inicialmente, deve-se ter claro que o ágio em questão surgiu a partir da aquisição da empresa TCP 03, detida por investidores não relacionados à fiscalizada

(TCP 12), nem relacionados a qualquer empresa do “complexo societário ADVENT”, como denota a “Figura 1: Estrutura Societária do TCP 03 antes da alienação”, colacionada linhas acima.

Cumpra asseverar, também, que para a aquisição dos 50% das ações societárias do TCP 03, foi necessário um dispêndio econômico/financeiro, como fazem prova: (i) os Demonstrativos de Ágio acostados aos autos (fls. 135/140) que atestam a escrituração do dispêndio; (ii) o contrato de compra e venda do investimento em TCP 03, comprovando que as empresas Paranaguá Participações, Portos e Serviços Participações e a Recorrente, figuraram como compradoras de 50% das ações de TCP 03 (Doc. 03 da Impugnação); e (iii) o Doc. 11 da Impugnação, comprovando que o pagamento pelo investimento foi também efetuado pelas sociedades compradoras, por meio de desembolso de caixa. E isto, ressalve-se, não foi em nenhum momento contraposto tanto pela Fiscalização, quanto pela DRJ.

Portanto, o ágio em discussão surgiu quando, na aquisição de 50% das ações da empresa TCP 03 (que não fazia parte do “grupo ADVENT”), em que foi pago um sobrepreço, por meio de desembolso de caixa, devidamente comprovado, não sendo meramente artificial. Ressalta-se ainda, que a compra e venda de 50% das ações da TCP 03 se deu entre partes independentes/não-relacionadas o que atesta com mais firmeza a existência do ágio, ainda que a legislação vigente à época não fizesse qualquer exigência neste sentido. Logo, pode-se concluir que o ágio em questão é real/existente.

Após a aquisição das ações da TCP03, a Recorrente (TCP12) registrou o ágio em sua contabilidade. Posteriormente, após a aquisição das empresas PARANAGUÁ PARTICIPAÇÕES e PORTOS E SERVIÇOS PARTICIPAÇÕES, a Recorrente internalizou em sua contabilidade e passou a amortizar a totalidade do ágio pago na aquisição de TCP 03.

Logo, os fatos acima se amoldam à hipótese prevista nos dispositivos de lei vigentes à época. Senão, vejamos:

“Art. 385, RIR/99. *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 (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20):*

I - valor de patrimônio líquido na época da aquisição, determinado de acordo com o disposto no artigo seguinte; 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 inciso anterior.

§ 1º O valor de patrimônio líquido e o ágio ou deságio serão registrados em subcontas distintas do custo de aquisição do investimento (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20, § 1º).

§ 2º O lançamento do ágio ou deságio deverá indicar, dentre os seguintes, seu fundamento econômico (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20, § 2º):

I – valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade;

II – valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros;

III – fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

§ 3º O lançamento com os fundamentos de que tratam os incisos I e II do parágrafo anterior deverá ser baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20, § 3º).

Art. 7º, Lei 9.532/97: 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:

(...)

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 a apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração; (Redação dada pela Lei nº 9.718, de 1998)

(...)

Art. 8º, Lei 9.532/97: O disposto no artigo anterior aplica-se, inclusive, quando;

(...)

b) a empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a propriedade da participação societária."

Por fim, passo à análise do entendimento consolidado na decisão recorrida de que a "TCP 12", a Portos e Serviços Logísticos Participações Adjacentes SA e a Paranaguá Movimentação de Containers Participações SA foram empresas veículos, de existência efêmera, criadas a fim de originar ágio e torná-lo amortizável.

Quanto a isso, é importante ressaltar a inteligência dos arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97 que de fato considera a possibilidade de operações de reestruturação societária objetivando a efetiva amortização do ágio apurado. Não há nestes, ou em quaisquer outros

dispositivos legais, restrições quanto à forma empregada nas reorganizações, desde que, ressalta-se, não haja fraude ou dissimulação.

O CARF, inclusive, já considerou legítimo o direito de o contribuinte organizar seus negócios de forma mais eficiente em casos como o seguinte:

“PIS. REGIME MONOFÁSICO. PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. SIMULAÇÃO ABSOLUTA. DESCONSIDERAÇÃO DE ATOS E NEGÓCIOS JURÍDICOS. ART. 116, P.U. DO CTN. UNIDADE ECONÔMICA. ART. 126, III, DO CTN. NÃO CARACTERIZAÇÃO.

Não se configura simulação absoluta se a pessoa jurídica criada para exercer a atividade de revendedor atacadista efetivamente existe e exerce tal atividade, praticando atos válidos e eficazes que evidenciam a intenção negocial de atuar na fase de venda dos produtos.

A alteração na estrutura de um grupo econômico, separando em duas pessoas jurídicas diferentes as diferentes atividades de industrialização e de distribuição, não configura conduta abusiva nem a dissimulação prevista no art. 116, p.u. do CTN, nem autoriza o tratamento conjunto das duas empresas como se fosse uma só, a pretexto de configuração de unidade econômica, não se aplicando ao caso o art. 126, III, do CTN.

(Acórdão nº3403002.519, 4ª Câmara/3ª Turma Ordinária. Sessão de 22 de outubro de 2013.)”

“AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. USO DE EMPRESA VEÍCULO.

Em regra, é legítima a dedutibilidade de despesas decorrentes de amortização de ágio efetivamente pago.

A circunstância de a reorganização societária de tratam os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, ter sido realizado por meio de empresa veículo não prejudica o direito do contribuinte, ante o fato incontroverso de que dessa reorganização não surgiu novo ágio ou economia de tributos distinta daquela prevista em lei.

(Acórdão 1102000.982 1º Câmara / 2º Turma Ordinária Sessão de 04/12/2013 Voto Vencedor Conselheiro José Evande Carvalho Araujo)

A legislação apenas disciplina a forma como deve se dar a amortização do ágio anteriormente registrado (incorporação, fusão e cisão), contudo, não dispõe sobre as formas admitidas para os negócios jurídicos referidos, e nem cabe à Fiscalização condicionar tais formas.

A despeito da clara insegurança jurídica que a análise da motivação dos contribuintes em situações como a descrita acima, ou seja, apesar do contrassenso que seria permitir aos julgadores deste Conselho que averiguassem o intuito daqueles que agiram em conformidade com a lei tributária, o assunto merece uma análise mais detida.

Em sua marcante tese de doutoramento (“Teoria da Imposição Tributária”, Ed. Saraiva, 1983) Ives Gandra da Silva Martins, apresentou pela primeira vez, à luz do direito tributário moderno, que o tributo correspondia a uma norma de rejeição social.

Na obra, argumentou que a norma tributária não goza da mesma aceitação que normas como a do direito à vida. Neste sentido, chegou à conclusão de que, quanto à norma tributária, tratava-se de norma de restrição de direitos em favor da sobrevivência do Estado, retirando da sociedade parcela daquilo que produz, objetivando o preenchimento das finalidades públicas.

A norma de rejeição social implica sempre restrição de direitos. No mesmo sentido, a norma tributária implica restrição do direito à propriedade, aos rendimentos e ganhos do trabalho e capital e proventos de qualquer natureza, razão pela qual os princípios pertinentes à norma de rejeição social são igualmente aplicáveis à norma tributária.

Na vanguarda de tais princípios, estão aqueles que compõem o primado da legalidade, estes: o princípio da estrita legalidade (apenas o que estiver plenamente desenhado na lei obriga), da tipicidade fechada (impõe que o legislador preveja, na maior medida do possível, os aspectos necessários à constituição do fato gerador) e o princípio da reserva da lei (vincula a imposição tributária à reserva de lei formal, entendida como aquela elaborada com participação precípua da representação popular).

Para o debate em tela, me reservo à análise do princípio da estrita legalidade que, em outras palavras, decorre do caráter de restrição imputados tanto à Administração quanto ao Administrado. Sobre o referido princípio Hely Lopes Meirelles (Direito Administrativo Brasileiro. 35ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 41.) expressa:

“A legalidade, como princípio de administração (CF, art. 37, caput), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.

A eficácia de toda a atividade administrativa está condicionada ao atendimento da Lei e do Direito. É o que diz o inc. I do parágrafo único do art. 2º da Lei n. 9.784/99. Com isso, fica evidente que, além da atuação conforme à lei, a legalidade significa, igualmente, a observância dos princípios administrativos.”

Como exposto, o princípio da estrita legalidade aplicado à Administração (Legalidade da administração), compreende a ideia de subordinação da Administração Pública às leis; sendo que esta somente poderá fazer aquilo determinado em lei, e não aquilo que a lei expressamente proibir.

Estando, o ato administrativo, estritamente aprisionado aos quadrantes da lei, não cabe à Administração adentrar na motivação do particular em proceder conforme os ditames legais. A alegação de “inexistência de propósito negocial” advém de construção

jurisprudencial estrangeira que não encontra validade no nosso Ordenamento Jurídico, justamente por conflitar com uma gama de princípios, como o da Legalidade tributária, descrito acima, além de outros princípios como a liberdade de iniciativa e iniciativa privada, estes últimos provenientes da Ordem Econômica.

Neste sentido, colaciono as seguintes ementas providas de Acórdãos deste Conselho:

PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. PROPÓSITO NEGOCIAL. EMPRESA VEÍCULO.

Os dispositivos legais concernentes ao registro e amortização do ágio fiscal não vedam que as operações societárias sejam realizadas, única e exclusivamente, com fins ao aproveitamento do ágio. Bem como, nota-se que tal regra não está presente em nenhum outro dispositivo legal de nosso sistema jurídico, seja nacional ou federal. Neste tom, registra-se, nenhuma norma pátria veda que a realização de negócios tenha por finalidade a redução da carga tributária de forma lícita. É o que se observa no §3º, art. 2º da Lei das SA, o qual dispõe que a companhia pode ter por objeto participar de outras sociedades (empresa veículo), também, como forma de beneficiar-se de incentivos fiscais.

Some-se a tal assertiva o fato de que a contribuinte possuía motivação comercial, clara, posto que encontrava-se impedida, por regras da ANEEL, de realizar a incorporação diretamente. Motivo pelo qual se valeu de uma empresa veículo. (Acórdão nº 1302001.978; Relatora: Talita Pimenta Felix; Data da Sessão: 14/09/2016)

REQUISITOS PARA DEDUTIBILIDADE DO ÁGIO. EXISTÊNCIA DE PROPÓSITO NEGOCIAL.

Ausente conduta tida como simulada, fraudulenta ou dolosa, a busca de eficiência fiscal em si não configura hipótese de perda do direito de dedução do ágio, ainda que tenha sido a única razão aparente da operação.

A existência de outras razões de negócio que vão além do benefício fiscal, apenas ratifica a validade e eficácia da operação.

UTILIZAÇÃO DE EMPRESAVEÍCULO. LEGALIDADE. MANUTENÇÃO DA DEDUTIBILIDADE DO ÁGIO.

A utilização de empresa-veículo que viabilize o aproveitamento do ágio, por si só, não desfigura a operação e invalida a dedução do ágio, se ausentes a simulação, dolo ou fraude. (Acórdão nº 1201001.507;

Relator: Luis Fabiano Alves Penteado; Data da Sessão: 14/09/2016).

As ementas acima são contundentes ao afirmarem que a existência de propósito comercial seria apenas um “*plus*” para demonstrar a validade e lisura das operações societárias; não havendo fundamento para a referida exigência no âmbito da legalidade, nem cabendo à Administração realizar exigências diversas das previstas em lei.

Neste ponto, é importante pontuar que a lei tributária assume seu atributo de imperatividade quando constatada a ocorrência do fato jurídico tributário, não tolerando outra conduta do sujeito passivo que não o adimplemento da obrigação tributária, sob pena de sanção punitiva.

Contudo, a imperatividade da lei tributária reside, justamente, no consequente de sua norma, ou seja, na obrigação do sujeito passivo em recolher um valor exprimível em moeda ao sujeito ativo da prestação. Esta obrigação decorre da verificação de um fato ocorrido em determinada local e tempo, e constituída por meio do lançamento tributário. Assim, se o atributo imperativo da lei tributária está em seu consequente, conclui-se que somente haverá fraude à referida lei, se seu comando (recolher tributo) for frustrado por quem incorra no fato jurídico tributário.

Não existe, contudo, qualquer comando imperativo no antecedente da norma tributária obrigando o particular a incorrer no fato jurígeno tributário, sendo ele livre para organizar-se da forma que, lícitamente, lhe oferte menor oneração.

Por outro lado, é importante ressaltar que mesmo os atos procedidos pelo contribuinte em plena atenção às disposições legais podem ser desconsiderados uma vez constatada a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo, ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, isto é, quando se comprove que o sujeito passivo agiu com dolo, fraude ou simulação.

No entanto, desperto a atenção que no caso em apreço o ágio existiu, ou seja, foi decorrente de uma incorporação de ações, com o pagamento de um sobrepreço. Assim, ainda que fosse dado ao intérprete da norma analisar o propósito comercial com que as operações societárias foram procedidas, ou com relação à efemeridade da existência das empresas-veículo, creio que neste caso tal distinção não é aplicável pois o ágio é real, e pode ser amortizado conforme permissivo legal.

Portanto, tendo em conta a inexistência de norma legal a proibir a conduta adotada pelo contribuinte, aliado à inexistência de prática de conduta fraudulenta ou simulada, reputo válidas as operações societárias procedidas para segregação e amortização fiscal do ágio.

Logo, deve ser cancelada a autuação no que diz respeito à glosa de amortização de ágio procedida na contabilidade da Recorrente.

Da Contabilização de Despesas com o Contrato de Concessão

O segundo tópico da infração trata da contabilização do contrato de concessão pelo valor total do compromisso assumido pela Concessionária quando da contratação com o Poder Público.

Em suma, a Recorrente contabilizava, no passivo, a quantia referente aos custos mínimos orçados para o período (25 anos) e no ativo a correspondente contrapartida. Beneficiava-se, então, na apuração do IRPJ e CSLL, da amortização do ativo e, ainda, das variações monetárias incidentes sobre o passivo.

Por entender ser equivocado o procedimento acima, a autoridade autuante glosou as despesas correspondentes (i) aos totais efetivamente amortizados e os efetivamente incorridos; e (ii) a todas as despesas de variações passivas referentes a indexação de valores atinentes aos contratos de concessão.

Pois bem. Conforme expôs a recorrente em sede de impugnação e recurso voluntário, os mesmos fatos postos à análise nesse processo, deram origem a diversas autuações formalizadas em outros processos. Dentre esses, está o Processo Administrativo nº 10907.000043/2008-09, julgado por esta 3ª Câmara/2ª Turma Ordinária do CARF, na sessão de 05 de outubro de 2016 (na qual estive presente).

Nesse processo foram analisados, justamente, os efeitos tributários da contabilização das despesas do contrato pactuado entre a Recorrente e a Administração dos Portos de Paranaguá e Antonina (APPA). Na ocasião a Turma entendeu tratar-se de um contrato de subconcessão imprópria, que compreendia tanto a figura do arrendamento, quanto a prestação de serviços públicos que a arrendatária teria que oferecer a particulares (operações portuárias).

Ato contínuo, foi acordado que, no momento da assinatura do contrato, pelo regime de competência, não haveria qualquer crédito ou ativo a ser contabilizado pela Recorrente, como denota a ementa do Acórdão n.º 1302-002.000, abaixo transcrito:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Ano-calendário: 2002

ARRENDAMENTO DE TERMINAIS PORTUÁRIOS. SUBCONCESSÃO IMPRÓPRIA. REGIME DE COMPETÊNCIA.

O arrendamento de terminais portuário em tela se configura como uma subconcessão imprópria, pois não se trata de uma subconcessão de serviços públicos tradicional e, nele, o arrendatário não desembolsa qualquer valor a título de aquisição de direito de exploração dos serviços no momento da assinatura do contrato, logo, à luz do art. 325, I, do RIR/99, não havia que ser feito qualquer registro no ativo nesse momento.

Da mesma forma, não havia, pelo regime de competência, qualquer crédito em favor da APPA e, logicamente, nem obrigação a ser reconhecida pela recorrente, no momento da assinatura do contrato de arrendamento, pois o crédito que deve ser contabilizado, pelo regime de competência, é aquele líquido e certo, ainda que não exigível e, independentemente, de realização financeira.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL.

Tratando-se da mesma situação fática e do mesmo conjunto probatório, a decisão prolatada com relação ao lançamento do IRPJ é aplicável, mutatis mutandis, ao lançamento da CSLL.

Constata-se que a decisão recorrida, a partir de uma análise apurada do caso, atinge as mesmas conclusões do julgado acima.

Sendo assim, por reputá-las corretas, adoto as razões da decisão recorrida. Passo a transcrevê-las:

“6. Contabilização de contrato de concessão: (despesas de amortização de ativo e de variações monetárias passivas)”

6.1 Da lide

A lide de que trata o presente item da autuação envolve a forma de contabilização do contrato realizado com a Appa (Administração dos Portos de Paranaguá a Antonina - fls 5.515 a 5.604). O referido contrato, intitulado “Contrato de Arrendamento”, com previsão de duração de 25 anos, concedia o direito de exploração de instalações portuárias, em contrapartida a realização de obras de manutenção e melhoramento e, ainda, ao pagamento de prestações mensais (parte fixa, parte variáveis), estabelecidas na cláusula 12.

Defende a autuada a correção do procedimento que confirma ter adotado: contabilizou, no passivo, quantia referente aos custos mínimos orçados para o período (25 anos) e no ativo a correspondente contrapartida. Beneficiava-se, então, na apuração do IRPJ e CSLL, da amortização do ativo e, ainda, das variações monetárias incidentes sobre o passivo.

Afirma a autoridade autuante que seria equivocado o procedimento adotado pela interessada. Segundo entende, a contabilização deste tipo de contrato envolveria , no que tange às contas de resultado, as amortizações do ativo e as despesas mensais com o arrendamento, ambas apropriadas segundo o regime de competência. Com base em tal atendimento, glosou:

- as diferenças entre os totais efetivamente amortizados (cta 3301040103- Amortização cto concessão) e os efetivamente incorridos (2111010103- contrato concessão);*
- Todas as despesas de variações passivas referentes a indexação de valores atinentes aos contratos de concessão.*

6.2 Precedentes Administrativos: Processos Administrativos 10907.000043/2008-09; 10907.002493/2008-28; 10907001484/2009-09; 10907001644/2010-45 e 10980.723823/2014-88 e 10907001984/2002-66

Alega a interessada que teria sido objeto de diversas autuações, formalizadas em outros processos, que tinham como fundamento os mesmos fatos aqui narrados. Menciona, especificamente, o processo administrativo 10907001984/2002-66, já julgado a seu favor pela CSRF- (Câmara Superior de Recursos Fiscais).

Embora os fatos que fundamentaram as autuações referidas pela interessada remetam ao mesmo tema – forma de contabilização do contrato firmado com a APPA - , cada processo cuidou, em particular, dos reflexos tributários referentes aos fatos geradores e anos específicos. Neste sentido, cada lançamento e cada julgamento teve seu próprio enfoque .

Neste ponto é relevante ressaltar que não há, na estrutura do Processo Administrativo, norma que determine como obrigatória a adoção de entendimentos expressos em julgamentos de processos administrativos referentes a outros fatos geradores, ainda que sejam da mesma pessoa jurídica e envolvam os mesmos fatos.

Portanto, este julgamento, referente a fatos geradores ocorridos em 2012/2013, não se vincula ao que foi decidido no PA 10907001984/2002-66 pela CSRF para os fatos geradores ocorridos entre 1999 e 2002.

Afirma ainda a interessada, a seu favor, que em processos de consulta referentes a outros sujeitos passivos foram estabelecidas como corretas formas de contabilização de contratos de concessão diversas da que foi considerada nesta autuação. Necessário frisar, porém, que também esta referência jurisprudencial não a auxilia, uma vez que os processos de consulta mencionados obrigam apenas à própria consulente e tratam de modalidades de contratos de concessão não obrigatoriamente iguais a que é objeto destes autos.

6.3 Ação judicial

De fato a interessada formalizou ação judicial que transitou em julgado em 11/05/2016 (fls 1.797) . Nos termos da sentença acostada às fls 6005/6016 o objeto desta demanda foi :

a) obter reconhecimento do seu direito de contabilizar o contrato de arrendamento formado com a APPA no período de 07/99 a 04/2001, período em que não detinha a titularidade formal da concessão de uso das instalações do Porto de Paranaguá, afastando-se os efeitos de parte da decisão definitiva da CSRF e, conseqüentemente, deferindo-lhe integralmente o pedido de restituição formulado no PA 10907001984/2002-66

b) em antecipação de tutela, obter a garantia de que a União se abstenha da formalização de autos de infração com fundamento no indeferimento parcial do pedido de restituição de que trata o PA 10907001984/2002-66, no que tange à contabilização do contrato de arrendamento pelo TCP no período de 07/1999 a 04/2001;

c) também em antecipação de tutela, obter a garantia de que a União se abstenha da formalização de autos de infração com fundamentos diversos daqueles adotados pela CSRF, no que tange aos registros contábeis do contrato de arrendamento para períodos posteriores a abril/2001.

Cumpre esclarecer que os pleitos mencionados nos itens “b” e “c”, acima, não foram atendidos pelo trânsito em julgado da ação ajuizada. É o que se

depreende de pesquisas feitas ao site do STJ, bem como da leitura da sentença de 1ª instância e acórdão do Tribunal Regional Federal acostado às fls 5996/6016.

Ressalto ainda que na demanda judicial em foco a interessada pretendia a extensão, no tempo, dos efeitos da decisão a ela favorável, proferida pela CSRF. Mas os fundamentos, em si, da referida decisão não foram objeto de exame.

Portanto, a conclusão que aqui interessa é a de que, entre as demandas que são objeto deste processo e do processo judicial acima mencionado, não há qualquer coincidência de objeto que determine vinculação ao que ali foi decidido.

6.4 Contrato com a APPA

Os contratos em análise, foram firmados inicialmente entre a APPA e o consórcio Redram/Transbrasa. Em um segundo momento, o referido consórcio repassou os seus direitos à TCP03, que por sua vez, foi incorporada pela interessada. Foram intitulados “contratos de arrendamento”. Estabeleciam o direito de exploração das instalações portuárias em contrapartida a prestações financeiras mensais (parte fixas, parte variáveis) e a obrigação de realização de obras de manutenção e melhoramento. Não consta do referido acordo cláusula com previsão de qualquer adiantamento financeiro inicial.

O contrato de “concessão governamental” designa um gênero que se subdivide em várias espécies, cada uma delas podendo possuir essência específica, distinta das demais. Por este motivo, tais contratos não possuem qualquer característica intrínseca que lhes determine sistemática certa e pré-determinada de contabilização. O que determina a forma do seu reconhecimento contábil é a substância material do vínculo nele estabelecido (essência do fato contábil), que varia caso a caso. Assim, estabelecidos os exatos contornos do vínculo contratual em foco, a contabilização se efetivará pelos princípios gerais da contabilidade.

É o que se depreende da Nota Informativa 2 da Interpretação Técnica ICPC 01 quando afirma que, a depender das características intrínsecas de cada contrato de concessão, ou seja, da essência dos direitos e obrigações nele estabelecidos, a contabilização deverá obedecer às orientações baixadas por normativos distintos ali referidos.

No caso concreto, ainda que o contrato em análise verse sobre o direito de exploração de área pública (Instalações Portuárias), o vínculo estabelecido entre a impugnante e a APPA em muito se assemelha a um contrato de arrendamento. Possui a impugnante o direito de explorar as instalações portuárias, prestar os serviços e cobrar dos usuários; e em contrapartida, assumiu a obrigação de efetuar à APPA pagamentos mensais e realizar investimentos na modernização do terminal. Note-se que a hipótese é muito próxima a de um contrato de arrendamento operacional de longo prazo em que o arrendatário, além do preço, se compromete a realizar benfeitorias.

Neste ponto, necessário mencionar as regras que possam orientar a contabilização de arrendamento operacional. Início com a Lei 6.404/86, com a nova redação que lhe foi dada pela Lei 11.638/2007, no que tange a valoração de ativos e passivos:

Crerios de avaliação do Ativo

Art. 183. No balanço, os elementos do ativo serão avaliados segundo os seguintes crerios:

I - as aplicações em instrumentos financeiros, inclusive derivativos, e em direitos e títulos de creritos, classificados no ativo circulante ou no realizável a longo prazo:

a) pelo seu valor justo, quando se tratar de aplicações destinadas à negociação ou disponíveis para venda; e

b) pelo valor de custo de aquisição ou valor de emissão, atualizado conforme disposições legais ou contratuais, ajustado ao valor provável de realização, quando este for inferior, no caso das demais aplicações e os direitos e títulos de crerito;

II - os direitos que tiverem por objeto mercadorias e produtos do comércio da companhia, assim como matérias-primas, produtos em fabricação e bens em almoxarifado, pelo custo de aquisição ou produção, deduzido de provisão para ajustá-lo ao valor de mercado, quando este for inferior;

III - os investimentos em participação no capital social de outras sociedades, ressalvado o disposto nos artigos 248 a 250, pelo custo de aquisição, deduzido de provisão para perdas prováveis na realização do seu valor, quando essa perda estiver comprovada como permanente, e que não será modificado em razão do recebimento, sem custo para a companhia, de ações ou quotas bonificadas;

IV - os demais investimentos, pelo custo de aquisição, deduzido de provisão para atender à perdas prováveis na realização do seu valor, ou para redução do custo de aquisição ao valor de mercado, quando este for inferior;

V - os direitos classificados no imobilizado, pelo custo de aquisição, deduzido do saldo da respectiva conta de depreciação, amortização ou exaustão;

VI – (revogado);

VII – os direitos classificados no intangível, pelo custo incorrido na aquisição deduzido do saldo da respectiva conta de amortização;

VIII – os elementos do ativo decorrentes de operações de longo prazo serão ajustados a valor presente, sendo os demais ajustados quando houver efeito relevante.

§ 1o Para efeitos do disposto neste artigo, considera-se valor justo:

a) das matérias-primas e dos bens em almoxarifado, o preço pelo qual possam ser repostos, mediante compra no mercado;

b) dos bens ou direitos destinados à venda, o preço líquido de realização mediante venda no mercado, deduzidos os impostos e demais despesas necessárias para a venda, e a margem de lucro;

c) dos investimentos, o valor líquido pelo qual possam ser alienados a terceiros.

d) dos instrumentos financeiros, o valor que pode se obter em um mercado ativo, decorrente de transação não compulsória realizada entre partes independentes; e, na ausência de um mercado ativo para um determinado instrumento financeiro

Crítérios de avaliação do passivo

Art. 184. No balanço, os elementos do passivo serão avaliados de acordo com os seguintes critérios:

I - as obrigações, encargos e riscos, conhecidos ou calculáveis, inclusive Imposto sobre a Renda a pagar com base no resultado do exercício, serão computados pelo valor atualizado até a data do balanço;

II - as obrigações em moeda estrangeira, com cláusula de paridade cambial, serão convertidas em moeda nacional à taxa de câmbio em vigor na data do balanço;

III – as obrigações, os encargos e os riscos classificados no passivo não circulante serão ajustados ao seu valor presente, sendo os demais ajustados quando houver efeito relevante.

Conforme acima, o ativo deve ser reconhecido na contabilidade pelo preço que custou, ou seja, pelo valor já despendido até o momento – e não pelos valores que serão despendidos em momentos futuros, em quantias incertas. Da mesma forma, os passivos devem ser reconhecidos pelos valores que já foram recebidos, e não com base em meros direitos de utilização de bens para exploração de serviços. Esse é, aliás, o preceito expresso no quarto princípio fundamental de contabilidade (o princípio do registro pelo valor original), cujo enunciado – já com a redação outorgada pela Resolução CFC nº 1.282, de 28/05/2010 é o que segue:

Art. 7º O Princípio do Registro pelo Valor Original determina que os componentes do patrimônio devem ser inicialmente registrados pelos valores originais das transações, expressos em moeda nacional.

§ 1º As seguintes bases de mensuração devem ser utilizadas em graus distintos e combinadas, ao longo do tempo, de diferentes formas:

I – Custo histórico. Os ativos são registrados pelos valores pagos ou a serem pagos em caixa ou equivalentes de caixa ou pelo valor justo dos recursos que são entregues para adquiri-los na data da aquisição. Os passivos são registrados pelos valores dos recursos que foram recebidos em troca da obrigação ou, em algumas circunstâncias, pelos valores em caixa ou equivalentes de caixa, os

quais serão necessários para liquidar o passivo no curso normal das operações;” (Grifei e sublinhei)..”

Especificamente sobre a contabilização do arrendamento mercantil operacional o item 33 do CPC 06 dispõe que “ os pagamentos da prestação do arrendamento mercantil operacional devem ser reconhecidos como despesa em base linear durante o prazo de arrendamento mercantil, exceto se outra base sistemática for mais representativa do modelo temporal do benefício do usuário”.

Sobre o tema, assim dispôs o Manual FIPECAFI 2010, item 12.9.3.2 :

“ A forma da contabilização do arrendamento mercantil operacional não mudou, devendo ser registrado periodicamente como despesa em contrapartida a exigibilidades ou disponibilidades; isso se deve ao fato de que este tipo de arrendamento é mais compatível com as características de um contrato de aluguel do que de uma compra financiada (como é o caso do leasing financeiro).

Desta forma, na contabilização do leasing operacional, mesmo se o contrato tiver duração de 60 meses, por exemplo, não se reconhece o passivo total no início do contrato e sim no decorrer do pagamento das parcelas, como se estas representassem um aluguel. Portanto, não há evidência do total da dívida no balanço patrimonial nem tampouco no ativo arredondado”

Na linha das referências bibliográficas e dos normativos acima referidos conclui-se que os valores mensais pagos a APPA devem ser apropriados mensalmente como despesa, pelo regime de competência, sem qualquer registro em conta de passivo. A tais despesas serão contrapostas as receitas geradas pelo contrato.

Ressalte-se que as obras de melhoramento e conservação, previstas em contato, não são passíveis de contabilização no passivo, que deve se restringir a obrigações referentes dispêndios conhecidos, calculáveis e incorridos.

Por outro lado, a contabilização do direito de exploração das instalações Portuárias deve ser feito à débito do Ativo Intangível (CPC 04 –R1) pelo respectivo custo (lei das SA, art 183), que só se configura, no caso, na medida em que forem efetivamente realizadas as obras de manutenção e modernização previstas. Na medida em que forem efetivamente incorridos os valores concernentes a tais obras, devem os totais serem ativados para amortização conforme prazo contratual.

Afirma a interessada, em sua impugnação, que teria havido erro material na formalização da outuação. Segundo informa , o valor por ela atribuído ao contrato de concessão, tanto no ativo, quanto no passivo, foi determinado com base nos valores mínimos previstos nas cláusulas 11 a 12 e não com base no valor estimado de R\$ 150.000.000,00 previsto na cláusula oitava.

O primeiro ponto a ressaltar é que é incerto se as quantidades mínimas anuais de contêiners e veículos automotivos a serem movimentados no Terminal serão alcançadas. Tanto que a cláusula 11ª, item 2 , estabelece multa por cada contêiner/veículo a menos, em relação aos mínimos estipulados. Portanto, de toda forma, a interessada tomou como base, para registro de seus ativo e passivo, uma

estimativa. Tal padrão não se confunde com o que foi apontado como correto pela fiscalização : contabilização do ativo conforme incorridas despesas de modernização, manutenção e aparelhamento, para amortização durante prazo contratual e contabilização, como despesas, do valor (parte fixo, parte variável) estipulado na cláusula 12.

Ressalto que ainda que a interessada tenha contabilizado seu ativo e passivo pelos mínimos contratuais (e não pelo valor estimado de R\$ 150.000.000,00 constante da cláusula oitava) a autuação se revela correta, uma vez que : (a) qualquer despesa lançada a título de variação monetária passiva incidente sobre passivo referente ao contrato em foco é indevida, e ainda (b) glosa da amortização calculada sobre os valores ativados que não correspondam e a despesas efetivamente incorridas.

Portanto, concludo por ratificar a glosa de despesas de que trata o presente, referente :

- Às diferenças entre os totais efetivamente amortizados (cta 3301040103- Amortização cto concessão) superiores aos gastos efetivamente incorridos (111010103- contrato concessão);*
- Todas as despesas de variações passivas referentes a indexação de valores atinentes aos contratos de concessão contabilizado no passivo.*

Diante do exposto, nego provimento ao recurso voluntário quanto a este ponto.

Do reflexo do julgamento quanto a CSLL

Por fim, quanto ao auto de infração de CSLL decorrente da exigência principal, o decidido quanto ao IRPJ, deve ser aplicado à exigência reflexa, merecendo ser destacado que a recorrente não teceu nenhuma consideração específica em relação à contribuição.

Conclusão

Diante do exposto, rejeito a preliminar suscitada, para, no mérito, DAR PARCIAL PROVIMENTO do Recurso Voluntário para cancelar a autuação no que se refere à glosa das despesas de amortizações de ágio, mantendo a autuação quanto à glosa da contabilização das despesas com o contrato de concessão.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Marcos Antonio Nepomuceno Feitosa

Declaração de Voto

Conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado

Acompanhei o i. relator pelas suas conclusões do seu bem fundamentado voto, por entender que, desta feita, se está diante de uma operação de aquisição de participação societária em que foi gerado um ágio que atende aos requisitos de amortização como despesas, nos termos da legislação fiscal.

Embora divirja do i. relator em alguns aspectos dos fundamentos teóricos e doutrinários abraçados no seu voto, penso que, no mérito, está correta a sua conclusão quanto a higidez das operações que, do ponto de vista fiscal, autorizariam a amortização do ágio apurado.

A acusação fiscal, no presente caso, centrou-se em dois pontos: - na ausência de laudo de avaliação hábil para demonstrar o ágio baseado na rentabilidade futura, contemporâneo com a data de aquisição do investimento; e, - na utilização, por parte de um fundo de investimento estrangeiro, de três empresas veículo para a aquisição da participação societária de uma empresa brasileira, com o único propósito de economia tributária e que a falta de outros propósitos negociais na utilização dessa empresa, vicia a operação do ponto de vista tributário, e impede o reconhecimento e a dedução do ágio pago.

A fiscalização aponta que a real adquirente da participação societária da empresa TCP 03, não seriam as empresas TCP12, Portos e Serviços Participações e Paranaguá Participações, que foram claramente utilizadas como veículos para permitir a amortização de ágio, mas sim o Fundo de Private equity Advent International, que efetivamente arcou com o ônus financeiro da operação.

Ressaltou, também, a fiscalização que, originariamente, a TCP 03 era a única empresa geradora de riqueza e a sua incorporação pelo TCP12 não retirou desta a qualidade de empresa veículo, uma vez que após a incorporação, o TCP12, que tinha a denominação Terminal Portuário Movimentação e Armazenagens Participações SA passou a adotar a mesma denominação da TCP03.

A recorrente, por sua vez, defende a dedutibilidade do ágio, na medida em que a aquisição ocorreu entre partes não relacionadas; que houve efetivo pagamento pelas ações; que foram apresentados os estudos prévios quanto à rentabilidade futura que deu ensejo ao pagamento do ágio, que foram apenas confirmados em laudos posteriores e que existiram propósitos negociais na aquisição.

No que concerne ao fundamento da autuação de que o laudo apresentado seria extemporâneo, a recorrente trouxe em sua impugnação (doc. 12 - fls. 14298/14422) documento datado de 01/10/2010, anterior portanto à realização do negócio, que demonstra que o investimento foi devidamente avaliado com base na sua expectativa de rentabilidade futura, apresentando números compatíveis com o negócio entabulado.

Entendo que a legislação, até a edição da Lei nº 12.973/2014, não estabelecia uma forma específica, nem tampouco exigia um laudo técnico para comprovar o fundamento econômico, mas apenas que esta fosse devidamente comprovada por elementos hábeis a serem arquivados quando do registro contábil do investimento. Penso que com o referido documento apresentado na impugnação, a recorrente se desincumbiu deste mister.

Com relação ao fundamento principal da autuação, concernente à utilização de empresas veículo como forma de viabilizar a posterior amortização do ágio pago, entendo que estando devidamente comprovado nos autos que houve o efetivo pagamento (sacrifício patrimonial) para a aquisição do investimento por parte das empresas adquirentes e tendo a própria lei reguladora permitido inclusive a incorporação reversa para fins de amortização da despesa, a forma utilizada pela recorrente para a realização do negócio encontra-se dentro dos limites da liberdade de organização de seus negócios, não lhe sendo vedado utilizar aquela que lhe propicie, dentro do ordenamento legal, o menor custo tributário (maior vantagem tributária, em verdade).

É oportuno registrar que não estou entre aqueles que defendem que os contribuintes podem fazer tudo que a lei não veda.

Entendo que os negócios jurídicos realizados devem respeitar os princípios da boa-fé e a função social da empresa. Assim, não se admitem negócios puramente formais, sem qualquer substância, que visam unicamente a obtenção de benefícios fiscais, como os observados na criação de ágio em operações internas ao grupo econômico.

No presente caso, entendo que a operação se amolda à previsão legal que autoriza a amortização do ágio. Existe um valor efetivamente pago que supera o valor patrimonial, amparado na expectativa de rentabilidade futura. Por outro lado, a adquirente foi absorvida por incorporação pela adquirida, verificando-se a confusão patrimonial exigida por lei para viabilizar a amortização da despesa.

Neste passo, com a devida vênia do entendimento fiscal, o meu entendimento é o de que a utilização das chamadas empresas "veículo" para a aquisição do investimento encontra respaldo no ordenamento societário e fiscal e, efetivamente, encontra-se dentro da esfera de liberdade que a empresa tem para conduzir os seus negócios, inclusive de modo a lhe propiciar o menor custo ou a maior vantagem tributária.

Note-se que o negócio de compra e venda é real. O que se discute é se o contribuinte poderia adotar a estrutura societária que utilizou para a sua concretização.

Ora, ao par dos motivos apresentados pela recorrente quanto a utilização das empresas utilizadas para a aquisição das ações, ainda que estas tenham tido efêmera existência, o objetivo de aproveitar o benefício fiscal do ágio, previsto nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 (arts. 385 e 386 do RIR/1999), me parece legítimo neste caso e é parte da própria estruturação do negócio realizado, levando em conta o ordenamento societário e fiscal.

Entendo que a lei fiscal deve ser interpretada, especialmente aquelas que tratam de renúncia fiscal, em consonância com seus objetivos, não se limitando à sua literalidade.

Daí meu entendimento no sentido de afastar a sua aplicação em operações internas, realizadas entre partes dependentes, sem qualquer sacrifício patrimonial e justificativa econômica.

No entanto, não se pode buscar um sentido à lei que a afaste dos institutos que ela pretende regular ou a eles se refira.

No presente caso, a possibilidade legal de aproveitamento do ágio (uma vez que este tenha ocorrido e sido demonstrado legitimamente) decorre da absorção do patrimônio de um pessoa jurídica pela outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio apurado na forma do § 2º. Inc II do art. 385 do RIR/1999, inclusive quando a empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a participação.

Assim dispõe o art. 386 do RIR/1999:

Art. 386. 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 artigo anterior (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, e Lei nº 9.718, de 1998, art. 10):

I - deverá registrar o valor do ágio ou deságio cujo fundamento seja o de que trata o inciso I do § 2º do artigo anterior, 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 o inciso III do § 2º do artigo anterior, 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 o inciso II do § 2º do artigo anterior, 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;

[...]

§ 6º O disposto neste artigo aplica-se, inclusive, quando (Lei nº 9.532, de 1997, art. 8º):

I - o investimento não for, obrigatoriamente, avaliado pelo valor do patrimônio líquido;

II - a empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a propriedade da participação societária.

§ 7º Sem prejuízo do disposto nos incisos III e IV, a pessoa jurídica sucessora poderá classificar, no patrimônio líquido, alternativamente ao disposto no § 2º deste artigo, a conta que registrar o ágio ou deságio nele mencionado (Lei nº 9.718, de 1998, art. 11).

Analisando o dispositivo acima, verifica-se que a confusão patrimonial decorre da **absorção do patrimônio de uma pessoa jurídica pela outra**. É este o requisito que, uma vez atendido, permite a utilização do benefício de amortização antecipada do ágio pago.

E, no caso, concreto, **as pessoas jurídicas que detinham o investimento** eram, indubitavelmente, as empresas TCP12, Portos e Serviços Participações e Paranaguá Participações que foram as responsáveis, no Brasil, pela aquisição da participação societária da empresa TCP 03, ainda que os recursos tenham vindo, confessadamente, de empresas situadas no exterior.

Portanto, os reais detentores do investimento no Brasil eram empresas situadas no Brasil controladas pelo Fundo de Private Equity Advent International, situado no exterior, mas ao contrário do que sustenta a fiscalização a lei não estabelece a confusão patrimonial entre investidora (de fato) e investida, mas, sim e expressamente, entre a "**pessoa jurídica**" que detém a participação societária na outra "**pessoa jurídica**" adquirida com ágio com esta última, ou vice-versa, por meio de processos de incorporação, fusão ou cisão.

A figura da companhia holding encontra-se prevista no art. 2º, § 3º da Lei nº 6.404/1976 (Lei das S/A), *verbis*:

Art. 2º Pode ser objeto da companhia qualquer empresa de fim lucrativo, não contrário à lei, à ordem pública e aos bons costumes.

§ 1º Qualquer que seja o objeto, a companhia é mercantil e se rege pelas leis e usos do comércio.

§ 2º O estatuto social definirá o objeto de modo preciso e completo.

§ 3º A companhia pode ter por objeto participar de outras sociedades; ainda que não prevista no estatuto, a participação é facultada como meio de realizar o objeto social, ou para beneficiar-se de incentivos fiscais.

Da mesma forma os institutos da incorporação, fusão e cisão, estão previstos em diversos dispositivos da Lei nº 6.404/1976, em especial os seguintes:

*Art. 227. A **incorporação** é a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações.*

[...]

*Art. 228. A **fusão** é a operação pela qual se unem duas ou mais sociedades para formar sociedade nova, que lhes sucederá em todos os direitos e obrigações.*

[...]

*Art. 229. A **cisão** é a operação pela qual a companhia transfere parcelas do seu patrimônio para uma ou mais sociedades, constituídas para esse fim ou já existentes, extinguindo-se a*

companhia cindida, se houver versão de todo o seu patrimônio, ou dividindo-se o seu capital, se parcial a versão.

Com efeito, todos estes institutos estão expressamente previstos na lei comercial, não podendo ter a sua definição, conteúdo e alcance serem interpretados de forma diversa para definição de seus efeitos tributários, nos termos dos art. 109 e 110 do CTN¹.

A referência às companhias e sociedades pela Lei das S/A, que detém participações em outras companhias e às operações societárias (incorporação, fusão e cisão), acima descritas, remetem à relação imediata de umas com as outras sociedades, independente do seu controle direto ou indireto por outras pessoas jurídicas.

Dito de outro modo.

A lei regula, por meio dos dispositivos citados, institutos que disciplinam o objeto das sociedades mercantis e suas transformações em caráter individual, como entidades autônomas, não importando sua condição dentro de um grupo econômico ou quem detenha o seu controle.

Ora, a lei tributária, nos casos os arts. 385 e 386 do RIR/1999 (amparados nos arts. 7ª e 8º da Lei nº 9.532/1997), simplesmente remete a estes institutos previstos na lei comercial para fins de definição do benefício fiscal de amortização antecipada do ágio, não existindo espaço para interpretá-los de forma diversa.

Decorre daí, também, o meu entendimento já manifestado em outros julgamentos, quanto a impossibilidade de transferência do ágio pago por uma empresa para outra criada unicamente para permitir o aproveitamento fiscal do ágio.

Embora considere que a previsão legal que autoriza a amortização antecipada do investimento como despesa, conflita com princípios de justiça fiscal em face dos demais contribuintes, e, ainda, que não se justifica tal incentivo tanto do ponto de vista da política fiscal quanto do ponto de vista econômico, entendo que enquanto vigente a lei, nos casos que nela se enquadrem, tal dedução deve ser respeitada pelo Fisco.

Diante desses pressupostos, estando, ao meu ver, atendidos os requisitos para a dedutibilidade do ágio no presente caso, a glosa efetuada pela fiscalização deve ser cancelada.

Ante ao exposto, voto por dar provimento ao recurso voluntário quanto a este ponto da autuação.

(assinado digitalmente)

Luiz Tadeu Matosinho Machado

¹ CTN:

Art. 109. Os princípios gerais de direito privado utilizam-se para pesquisa da definição, do conteúdo e do alcance de seus institutos, conceitos e formas, mas não para definição dos respectivos efeitos tributários.

Art. 110. A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.

Processo nº 10980.720341/2017-19
Acórdão n.º **1302-003.161**

S1-C3T2
Fl. 14.712
