



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	10980.720804/2018-23
ACÓRDÃO	9101-007.453 – CSRF/1ª TURMA
SESSÃO DE	7 de outubro de 2025
RECURSO	ESPECIAL DO PROCURADOR E DO CONTRIBUINTE
RECORRENTES	FAZENDA NACIONAL WEG EQUIPAMENTOS ELÉTRICOS S/A

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Ano-calendário: 2011

LUCROS DE CONTROLADAS NO EXTERIOR. TRATADOS INTERNACIONAIS CELEBRADOS PELO BRASIL QUE CONTENHAM CLAUSULA COM BASE NO ARTIGO 7º DA CONVENÇÃO MODELO DA OCDE. COMPATIBILIDADE COM O ARTIGO 74 DA MP 2.158-35/2001.

Não existe conflito entre o artigo 74 da Medida Provisória 2.158-35/2001 com os tratados que contenham cláusula erigida com base no art. 7º da Convenção-Modelo da OCDE, uma vez que este dispositivo não regula a tributação dos lucros das empresas por parte do seu país de residência, ainda que tais lucros possam decorrer de lucros apurados por controladas residentes no outro país signatário do acordo internacional.

RECURSO ESPECIAL. DEDUÇÃO DE AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO NA BASE DE CÁLCULO DO IRPJ. CONFUSÃO PATRIMONIAL ENTRE INVESTIDOR E INVESTIDA. NÃO CONHECIMENTO.

A ausência de similitude fático-jurídica entre as decisões comparadas (acórdão recorrido x paradigmas) impede a caracterização do dissídio, prejudicando o conhecimento recursal. Enquanto o recorrido se esteou na tese de que determinadas razões negociais são aptas para infirmar a autuação, os paradigmas não reconheceram sequer a existência de razões negociais.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial do Contribuinte e não conhecer do Recurso Especial da Fazenda Nacional. No mérito, por maioria de votos, acordam em negar provimento ao Recurso Especial do Contribuinte, vencidos os Conselheiros Luis Henrique Marotti Toselli, Maria Carolina Maldonado Mendonça Kraljevic, Heldo Jorge dos Santos Pereira Júnior e Jandir José Dalle Lucca que votaram por dar provimento. Manifestou intenção de apresentar declaração de voto a Conselheira Edeli Pereira Bessa.

Assinado Digitalmente

Guilherme Adolfo dos Santos Mendes – Relator

Assinado Digitalmente

Carlos Higino Ribeiro de Alencar – Presidente

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros Edeli Pereira Bessa, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Maria Carolina Maldonado Mendonça Kraljevic, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Heldo Jorge dos Santos Pereira Junior, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Jandir José Dalle Lucca, Semiramis de Oliveira Duro e Carlos Higino Ribeiro de Alencar (Presidente).

RELATÓRIO

Trata-se de dois recursos especiais, um do contribuinte, outro da Fazenda. Começamos pelo contribuinte.

Recurso do contribuinte

O recorrente, contribuinte, inconformado com a decisão proferida, por meio do Acórdão nº 1401-006.412, integrado pelo Despacho de Embargos de fls. 8.570-8.575, interpôs, tempestivamente, recurso especial de divergência em relação a duas matérias, das quais se deu seguimento a apenas uma: “**impossibilidade de exigência de IRPJ e CSLL sobre os lucros apurados pelas controladas da recorrente no exterior – necessidade de observância aos tratados internacionais para evitar a dupla tributação**”.

Foram apresentados os acórdãos paradigma nº 9101-006.097 e 9101-006.246, dois quais transcrevemos abaixo suas ementas:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA (IRPJ)

Ano-calendário: 2010

LUCROS AUFERIDOS POR CONTROLADA NO EXTERIOR. CONVENÇÃO BRASIL-ESPAÑHA. CONVENÇÃO BRASIL-LUXEMBURGO. ARTIGO 74 DA MP 2.158-35/2001.

O artigo 7º dos acordos para evitar a dupla tributação firmados pelo Brasil impede que os lucros auferidos pelas sociedades controladas estrangeiras sejam tributados no Brasil.

O artigo 74 da MP 2.158-35/2001 foi literal ao dispor que “os lucros auferidos por controlada ou coligada no exterior serão considerados disponibilizados para a controladora ou coligada no Brasil”, ou seja, a norma claramente alcança os lucros da empresa estrangeira, sendo sua incidência bloqueada pelo artigo 7º dos tratados firmados pelo Brasil para evitar a dupla tributação.

O despacho de fls. 9.479-9.485 deu seguimento ao recurso, nos seguintes termos:

11. Com relação a essa primeira matéria, ocorre o alegado dissenso jurisprudencial, pois, em situações fáticas semelhantes, sob a mesma incidência tributária e à luz das mesmas normas jurídicas (artigo 74 da MP nº 2.158-35/2001), chegou-se a conclusões distintas.

12. Enquanto a decisão recorrida entendeu que “não há incompatibilidade entre os tratados para evitar a bitributação e o artigo 74 da MP nº 2.158-35/2001, no que tange às hipóteses não alcançadas ou não apreciadas pelo STF no julgamento da ADI nº 2.588”, os acórdãos paradigmáticos apontados (Acórdãos nºs 9101-006.097 e 9101-006.246) decidiram, de modo diametralmente oposto, que “a incompatibilidade do artigo 74 da MP 2.158-35/2001 em virtude da existência de acordos de bitributação já foi reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ)”.

Cientificada, a Procuradoria apresentou contrarrazões tempestivas às fls. 9.553-9.574, em que questiona apenas o mérito.

Recurso da Fazenda

A Fazenda também recorreu do acórdão.

Deu-se seguimento ao recurso em relação à “divergência quanto à dedutibilidade das despesas com amortização de ágio TRAFO”, em relação aos acórdãos paradigmáticos nº 9101-003.618 e nº 1302-000.834, por meio do despacho de fls. 8.852-8.864.

Segue trecho representativo do despacho de admissibilidade:

Análise

O preâmbulo do voto proferido no acórdão recorrido descreve a situação fática posta nos autos, de modo que dele se colacionam os seguintes trechos:

[...]

DA AMORTIZAÇÃO ÁGIO – AQUISIÇÃO TRAFO Quanto a esta questão, de se dizer que em sessão realizada em 11 de fevereiro de 2020, foi julgado por esta Turma Ordinária, mas com outra composição, um recurso da Recorrente sobre esta mesma autuação, mas relativo ao ano calendário 2012, sendo que nos presentes autos, o ano objeto do lançamento fiscal é o de 2013.

Assim, reproduzo o voto lá considerado, onde, por maioria de votos, foi dado provimento ao recurso voluntário.

[...]

A questão a ser enfrentada é verificar se há embasamento legal para a Recorrente deduzir, na base de cálculo do IRPJ e da CSLL, a amortização de ágio registrado em sua contabilidade, decorrente de operações que culminaram com a transferência à Fiscalizada, por meio de incorporação, de ativo que continha o registro de ágio.

Reitere-se que estamos aqui tratando, conforme destacado no Relatório Fiscal, do ágio gerado na 2ª etapa (a 1ª etapa foi na aquisição do controle da TRAFO, com pagamento de ágio e amortização, não contestado pela Fiscalização).

O ponto central do debate desenvolvido ao longo dos presentes autos diz respeito à regularidade do procedimento adotado pela contribuinte autuada WEG Equipamentos Elétricos S/A (WEL) de promover o aproveitamento tributário, no ano-calendário de 2012, de despesas oriundas da amortização de ágio originalmente suportado pela WEG S/A, holding do Grupo Econômico da Recorrente. O aludido aproveitamento se deu por meio da dedução das referidas despesas nas bases de cálculo do IRPJ e da CSLL ou pela exclusão dos respectivos valores diretamente no LALUR da contribuinte.

A WEL (fiscalizada) já era detentora de 68,69% do capital da TRAFO EQUIPAMENTOS ELÉTRICOS S/A (TRAFO) e a parcela restante estava em poder de acionistas minoritários (pessoas físicas e jurídicas), a qual foi adquirida, em 28/12/2009, pela WEG S/A (controladora da WEL) por meio de incorporação de ações, com formação de ágio.

De forma que a TRAFO passou a ter dois acionistas:

(*) descreve organograma - a WEG (31,3%) e a WEL (69,39%), esta última controlada por WEG (99,95%) e por WEG PART (0,05%)

Em 30/12/2009, dois dias após a aquisição promovida pela WEG S/A, esta empresa subscreveu capital em sua controlada WEL utilizando-se das ações adquiridas da TRAFO (investimento e ágio) e, nesta mesma data, a WELL incorpora a TRAFO e passa a amortizar o valor total do ágio, procedimento que levou a fiscalização à glosa de tais amortizações (despesas e/ou exclusões indevidas) por entender que tal operação não estaria ao abrigo do art.386 do RIR/99, uma vez que quem suportou o pagamento do ágio fora a sua controladora, WEG S/A.

A Recorrente, como se denota, certa de ter reunido no mesmo patrimônio o investimento adquirido na TRAFO e o ágio associado à sua aquisição, iniciou o aproveitamento tributário de tal ágio considerando que a prática estaria amparada

pelos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 (arts. 385 e 386 do Regulamento do Imposto de Renda - RIR/1999).

A Fiscalização, ao examinar o procedimento realizado pela Recorrente, considerou que seu caso não se amoldava à hipótese legal que permitiria o aproveitamento tributário das despesas de amortização do ágio. Entre os argumentos apresentados pela autoridade tributária, estava o fato de que a absorção patrimonial requerida pela legislação deve envolver obrigatoriamente a empresa adquirida e sua real adquirente (que não era a Recorrente WEL). Assim, a Fiscalização promoveu a glosa das despesas por meio dos autos de infração que deram origem aos presentes autos.

Conforme destacou a fiscalização:

Veja-se que a norma não deixa margem a dúvidas quando restringe a permissão de amortização à pessoa jurídica que “absorver patrimônio de outra, [...], na qual detenha participação societária adquirida com ágio”. Pergunta-se: a WEL, na incorporação do patrimônio da TRAFO, detinha participação nela adquirida com ágio? Sim, mas apenas o ágio da 1ª etapa. O ágio gerado na 2ª etapa não foi em processo de aquisição pela WEL, mas sim pela WEG! Este ágio foi transferido à WEL quando da subscrição de capital efetivado pela WEG, com os papéis da TRAFO adquiridos dois dias antes.

Mesmo que se argumente que o ágio foi gerado, não na incorporação de ações pela WEG, mas no processo de subscrição de capital efetivado pela WEG na WEL, ainda sim se trataria de um ágio indedutível na WEL, uma vez que restaria caracterizado um ágio intragrupo, interno. Cumpre lembrar que WEG e WEL fazem parte do mesmo Grupo Econômico, sendo a WEG acionista majoritária da WEL.

[...]

O Colegiado, em maioria, adotou o entendimento manifestado no julgamento de processo que tratou da mesma autuação, mas em relação a outro ano-calendário - Acórdão nº 1401- 004.192 - no sentido de que a autuada demonstrou a necessidade de os acionistas minoritários da TRAFO participar da WEG S/A, e não da WEL, e concluiu que tanto o ágio da 1ª etapa, quanto o ágio da 2ª etapa, foram legítimos, baseados em laudos de avaliação também legítimos, com reorganização societária também legítima, sem denotar fim único de economia de tributo, com inequívoco propósito negocial revelando-se necessária a presença da controladora WEG S/A na aquisição das ações dos minoritários da TRAFO, e não a WEL, que não iria satisfazer a pretensão destes acionistas. Confira-se, com destaques do original:

[...]

No caso analisado nos presentes autos, é incontrovertido que houve, de certa forma, desembolso de valores pela aquisição das ações dos acionistas minoritários da TRAFO pela WEG S/A e também não se discute que os valores desembolsados superaram o valor contábil das ações pactuadas e que foram pagos à parte não

relacionada (comprador). A existência do ágio oriundo de tal operação não foi alvo de questionamento pela Fiscalização.

Veja-se que a aquisição das ações dos acionistas minoritários da TRAFO foi realizada pela WEG S/A, e não pela Recorrente WEL.

A WEG S/A era o possuidor dos recursos financeiros (ações) que foram entregues à TRAFO por ocasião da aquisição (no caso, incorporação de ações) das referidas ações dos minoritários. Mais do que isso, foi a WEG S/A quem formalmente figurou na operação como adquirente. Assim, não restam dúvidas a respeito de quem seria, no caso concreto, o real adquirente das participações societárias com ágio.

A transferência deste investimento (com ágio) para a WEL, em subscrição de capital, não significa assumir que a WEL passou a ser a adquirente daquele investimento e que daí poderia amortizar o ágio gerado, quando da incorporação da TRAFO.

Estas foram as razões principais para a glosa efetivada.

Entretanto, me parece que a Fiscalização se deteve apenas no efeito da operação, não se aprofundando nos, digamos, bastidores das operações, ou seja, cabia que perquirisse às empresas envolvidas, por exemplo, porque a WEL não fizera, ela própria, a aquisição das ações pertencentes aos minoritários, uma vez que já havia adquirido anteriormente o controle societário da TRAFO ou, ainda, se a controladora WEG S/A entrou no negócio e promoveu a incorporação destas ações (dos minoritários) da TRAFO e em seguida transferiu o investimento com o ágio para a WEL, quais seriam os motivos do ingresso da WEG S/A na transação.

A Recorrente, em sede de impugnação, ora repetida no recurso voluntário, alertava da necessidade demonstrada pelos acionistas minoritários da TRAFO em participar da WEG S/A e não da WEL:

[...]

Daí a necessidade da WEG S/A, controladora da Recorrente (WEL), em adquirir as ações dos minoritários da TRAFO e o fez por incorporação de ações, já que, pelo que se deduz dos autos, desejavam os acionistas minoritários participar do capital da WEG S/A.

Por meio do Protocolo e Justificação de Incorporação de Ações da TRAFO Equipamentos Elétricos S/A pela WEG S/A, documento integrante da Impugnação e que não obteve nenhum comentário da Fiscalização, temos:

[...]

Tanto o ágio da 1ª etapa quanto o ágio da 2ª etapa foram legítimos, baseados em laudos de avaliação também legítimos, sem contestação, de forma que toda a reorganização societária me soa também legítima, sem qualquer sombra de uma operação com fim único de economia de tributo, de forma que as operações se revelaram necessárias, e apesar de não ser a WEL a adquirente do investimento que gerou o ágio (2ª etapa), isto se deu mais em função da necessidade dos acionistas minoritários em participarem de sua controladora, algo que fugia ao domínio/controle da Recorrente.

Aliado, ainda, ao fato de ambas as empresas WEL e a TRAFO, apresentarem os mesmos objetivos econômicos e, sendo a WEL então a detentora de 100% do capital da TRAFO, nada mais adequado que a incorporação desta pela WEL.

O propósito negocial é inequívoco, revelando-se necessária a presença da controladora WEG S/A na aquisição das ações dos minoritários da TRAFO, e não a WEL, que não iria satisfazer a pretensão destes acionistas.

Pensar de modo diverso seria impor que a amortização deste ágio (2ª etapa) só seria aceito se a WEL tivesse ela própria adquirido as ações dos minoritários da TRAFO, o que não se pode concordar, pois com tal imposição, ao que me parece e do que consta nos autos, não seria possível alcançar os objetivos almejados.

[...]

Como demonstrado nos autos, o ágio gerado na 2ª etapa surgiu quando da incorporação, pela WEG S/A, das ações dos acionistas minoritários da TRAFO, sendo, absolutamente incorreto suscitar tal hipótese de ágio interno, fato que levou a decisão de primeira instância por caminhos equivocados, de maneira secundária, mas equivocados.

[...]

[...] não é o caso dos autos, uma vez que a WEG S/A não era uma empresa veículo, por vezes verificou-se necessário a utilização de empresa outra que não a que adquiriu/forneceu recursos para a aquisição do investimento com ágio, em face de sua legítima criação e/ou utilização pois vinculada à um legítimo propósito negocial.

Finalizando, entendo ser possível o aproveitamento tributário do ágio discutido nos presentes autos, uma vez que legítimo, surgido em operação com parte independente, e sua transferência à Recorrente resultou de um também legítimo propósito negocial, de forma que as operações societárias efetivadas resultaram no cumprimento das condições impostas pelos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997.

[...]

Conclusão

De forma que, quanto a este item da autuação, é o voto, dar provimento ao recurso, restabelecendo-se as despesas de R\$ 1.621.131,50 em cada trimestre de 2013.

Em suma, a decisão recorrida reconhece que a real adquirente das ações na chamada “2ª etapa” (ações pertencentes aos acionistas minoritários da TRAFO) foi a holding WEG, mas o Colegiado admitiu a dedutibilidade do ágio amortizado, mesmo que o evento que a autoriza - confusão patrimonial - tenha ocorrido entre TRAFO e WEL, não envolvendo, portanto, a real adquirente (a holding WEG).

Prevaleceu o entendimento de que, no caso concreto:

a) o ágio estava suportado por laudo legítimo, não contestado; e b) houve justificativa negocial para que a aquisição fosse feita pela controladora WEG, e não diretamente pela WEL - a justificativa seria o desejo de que os acionistas

minoritários de TRAFO passassem a participar do capital da holding WEG, o que se daria mediante incorporação das ações da primeira pela segunda.

Identificados os fundamentos da decisão recorrida, passa-se ao exame dos paradigmas.

O primeiro paradigma indicado tem a seguinte ementa:

Acórdão nº 9101-003.618

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário:2008, 2009, 2010

CONHECIMENTO. RECURSO ESPECIAL.

Havendo similitude fática e divergência na interpretação da lei tributária, é conhecido o recurso especial.

CONTEMPORANEIDADE DO LAUDO. MATÉRIA NOVA.

Não é conhecido recurso especial quanto a ponto que não fundamenta o auto de infração, pois inviável a inovação dos critérios jurídicos do lançamento.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário:2008, 2009, 2010

TRANSFERÊNCIA DE ÁGIO. IMPOSSIBILIDADE.

A subsunção aos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, assim como aos arts. 385 e 386 do RIR/99, exige a satisfação dos aspectos temporal, pessoal e material ali previstos. Inexiste norma que amplie os aspectos pessoal e material a outras pessoas jurídicas ou, ainda, que preveja a possibilidade de intermediação ou de interposição de outras pessoas jurídicas.

Não há previsão legal, no contexto da mencionada legislação, para transferência de ágio por meio de interposta pessoa jurídica, sendo indevida a amortização do ágio pelo sujeito passivo.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL.

A decisão prolatada no lançamento matriz estende-se ao lançamento decorrente, em razão da íntima relação de causa e efeito que os vincula.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2008, 2009, 2010.

FALTA DE PAGAMENTO POR ESTIMATIVA. MULTA ISOLADA. CABIMENTO.

Com o advento da Medida Provisória nº 351, de 2007, convertida na Lei nº 11.488, de 2007, tornou-se juridicamente indiscutível o cabimento da incidência da multa isolada pela falta de pagamento das estimativas mensais do IRPJ e da CSLL, ainda que cumulativamente haja imposição da multa de ofício proporcional ao imposto e à contribuição devidos ao final do respectivo ano-calendário.

Transcrevem-se trechos do voto vencedor proferido no paradigma, que bem representam o entendimento da turma julgadora naquele processo:

[...]

À luz da legislação de regência, percebe-se que o ágio corresponde à diferença entre o custo de aquisição de um investimento e o seu valor patrimonial.

Isso significa que a figura do ágio decorre do fato de uma das partes se comprometer a pagar à outra, pela aquisição do investimento, um valor superior àquele registrado no patrimônio líquido. A expressão “pagar” pode ser entendida em sentido amplo, contemplando diversas modalidades, desde que todas impliquem algum tipo de desembolso ou ônus para o adquirente.

Assim, deve o intérprete atentar para as circunstâncias fáticas e jurídicas da operação, que incluem, entre outras, o propósito negocial, o efetivo pagamento ou desembolso pela aquisição, a sequência cronológica das operações, a adequada avaliação da rentabilidade futura e, sobretudo, a análise entre as posições inicial e final de cada interveniente.

A questão posta nos autos diz respeito, portanto, à possibilidade de transferência do ágio para o contribuinte, numa operação, que, em síntese, pode assim ser apresentada:

- a) A Hipercard Administradora de Cartão de Crédito Ltda. (Hipercard ACC) tinha como sócias a empresa BR Participações e Empreendimentos S/A (BRPAR), que detinha 68,22% das ações, e a empresa holandesa Holla Beheer B. V. (Holla), que detinha 31,78% das ações.
- b) A BRPAR adquiriu 100% das cotas da empresa Conabinu Participações Ltda., aumentando o seu capital social mediante a integralização de recebíveis a serem pagos pela Hipercard ACC.
- c) As empresas do Grupo Unibanco, Unipart Participações Ltda. e Unicard Banco Múltiplo S/A, adquiriram as cotas da empresa Hipercard ACC e apuraram um ágio de R\$ 200.287.697,19 e R\$ 31.352.543,50, respectivamente.
- d) A Unicard e a Unipart conferiram ao Hipercard BM a totalidade das cotas do capital da Conabinu e na Hipercard ACC, respectivamente, transferindo o ágio registrado nas empresas Unicard e Unipart para a Hipercard BM.
- e) A Hipercard BM incorporou as empresas Conabinu e Hipercard ACC, o que ensejou a transferência do ágio da Unicard e Unipart para o contribuinte.

Ricardo Mariz de Oliveira analisa os requisitos das normas relativas ao ágio, com destaque para as operações societárias, em sua obra “Fundamentos do Imposto de Renda”, merecendo transcrição o seguinte trecho (págs. 763 e segs.):

[...]

Voltando ao primeiro e principal requisito para que a amortização seja dedutível, haver absorção de patrimônio por meio de incorporação, fusão ou cisão, deve-se ter presente que, a despeito da largueza de opções dadas pela Lei n. 9532 para a consecução do seu desiderato, trata-se de condição a ser cumprida em sua substância, e não apenas formalmente, até tendo em vista a continuidade da vigência da norma de proibição de dedução da amortização se não houver um desses atos, prevista no art. 25 do Decreto-lei n. 1598.

Com razão, a dedução fiscal da amortização é admitida a partir do momento em que “a pessoa jurídica [...] absorver patrimônio de outra”, segundo o “caput” do art. 7º, o que deve representar uma ocorrência efetiva. Outrossim, não se trata de absorção de patrimônio de qualquer pessoa jurídica, pois o mesmo dispositivo acrescenta que deve ser a pessoa jurídica “na qual detenha participação societária adquirida com ágio”. E, ademais, o dispositivo ainda restringe a forma de absorção, dizendo que ela deve ocorrer “em virtude de incorporação, fusão ou cisão”.

Essa disposição legal evidencia acima de qualquer dúvida que a exigência é de reunião total (por incorporação ou fusão) ou parcial (por cisão) da pessoa jurídica investidora e da pessoa jurídica investida.

(...)

Realmente, a racionalidade da norma está em que, por ter havido a reunião da pessoa jurídica a que se refira a expectativa da rentabilidade com a pessoa jurídica pagadora do ágio, este seja deduzido daqueles mesmos lucros esperados ou o mesmo se dê quando o ágio for referente ao valor de mercado dos bens do patrimônio da pessoa jurídica a que se refere a participação adquirida.

O objetivo da norma legal é permitir que o ágio fundado em expectativa de rentabilidade, pago na aquisição de um negócio através da aquisição de participação societária na pessoa jurídica que explore esse negócio, seja lançado contra os lucros desse negócio, de modo a que os tributos devidos sobre tais lucros sejam calculados após a dedução da amortização do ágio.

[...]

Por isso mesmo, para que esse objetivo seja atingido, é necessário trazer o lucro para dentro da pessoa jurídica que tenha adquirido a participação societária com a expectativa de rentabilidade do mesmo (situação descrita no art. 7º) ou levar o ágio para dentro da pessoa jurídica produtora do lucro esperado (situação descrita no art. 8º), o que se faz por incorporação ou cisão de uma delas e absorção pela outra. Ou, ainda, o mesmo objetivo pode ser alcançado levando-se o ágio e o lucro para dentro de uma nova pessoa jurídica, o que se faz por fusão das duas pessoas jurídicas.

[...]

Realmente, a exigência de incorporação, fusão ou cisão não é uma condição vazia de sentido, que possa ser cumprida apenas formalmente, como, por exemplo, deixar o ágio na investidora e incorporar a ela, por cisão parcial da cindida, uma atividade que não é a geradora de lucro cuja expectativa tenha gerado o lucro.

Assim, o escopo implícito na lei, ao estabelecer a condição de realização de incorporação, fusão ou cisão, é unir o ágio e os lucros a que ele se refira numa mesma pessoa jurídica e, portanto, num mesmo lucro tributável. Isso representa o núcleo racional da exigência condicional para a dedução do ágio, que se manifesta mediante a absorção de um patrimônio pelo outro.

Daí decorre uma análise que tem sido empreendida com frequência em julgados desta Câmara Superior, relativamente aos aspectos pessoal e material das operações que ensejaram o ágio, posto que os arts. 385 e 386 do RIR/99 (que refletem a dicção legal, já mencionada) se dirigem à investidora que vier a

incorporar sua investida (ou por ela ser incorporada), para que, neste momento, surja a possibilidade de amortização da mais valia, paga em momento anterior por força de expectativa de rentabilidade futura da investida.

E aqui surge a necessidade de que a investidora passível de aproveitamento do ágio seja a investidora original, ou seja, aquela que efetivamente desembolsou recursos, acreditou no investimento e assumiu os riscos do negócio.

[...]

Como visto, a regra se aplica tanto na hipótese de incorporação da investida pela investidora como em sentido contrário, quando a investidora é incorporada pela sua investida (a chamada incorporação reversa ou às avessas).

A exigência legal, nos dois casos, reside no fato de que a incorporação deve envolver a investidora original, ou seja, aquela que efetivamente acreditou na rentabilidade futura, pagou o sobrepreço e assumiu os correspondentes riscos.

E é exatamente este o ponto atacado pela fiscalização e ressaltado pela Fazenda Nacional em contrarrazões: a presença do real investidor na operação, que deve se confundir com o investimento que adquiriu.

A confusão patrimonial, como se sabe, é o principal requisito material previsto pelo art. 386 do RIR/99, pois a sua ocorrência permite a comunicação direta entre o investimento e o lucro esperado, assim como promove a fusão dos riscos envolvidos. Isso também se observa na incorporação às avessas, em que a empresa responsável por gerar a rentabilidade esperada no futuro passa a deter o ágio baseado em tal expectativa.

Conquanto o contribuinte alegue, em sede de contrarrazões, que a autoridade fiscal não faz menção à confusão patrimonial como fundamento para a indedutibilidade do ágio (tese que, em seu entendimento, teria sido formulada pela Fazenda Nacional apenas no recurso especial), a leitura de trechos do Termo de Verificação nos leva a concluir de forma diversa:

[...]

A leitura dos trechos transcritos revela que a autoridade fiscal, ao não aceitar a possibilidade de transferência do ágio de Unicard e Unipart para o contribuinte (que seriam as únicas passíveis de aproveitá-lo), adota o racional da necessidade de confusão patrimonial entre as reais investidoras e a pessoa jurídica investida, de sorte que descabe qualquer tese de inovação ou acréscimo aos fundamentos da autuação.

E, na exata medida em que esses dois aspectos (pessoal e material) não são observados, como no caso sob análise, por força da indevida transferência do ágio, torna-se forçoso reconhecer o argumento de impossibilidade de dedução das despesas decorrentes, nos termos em que formulado pela fiscalização.

Este tem sido o entendimento da CSRF, que exige a presença do investidor original na operação de incorporação e o encontro do investimento com o ágio no mesmo patrimônio, requisitos que não se amoldam à hipótese dos autos, como relatado pela autoridade fiscal

[...]

Cabe referir que, em relação ao ágio, a regra geral é de indedutibilidade e que para ser possível a amortização deste como despesa exige-se a perfeita subsunção dos fatos às normas tributárias, como demonstrado.

Por consequência, aplica-se à CSLL o decidido quanto ao IRPJ, vez que compartilham o mesmo suporte fático e matéria tributável.

Nesse contexto, concluo pela impossibilidade de transferência do ágio para o contribuinte, nos moldes do que entendeu a fiscalização, devendo ser dado provimento ao recurso da PFN.

Ainda que o acórdão recorrido tenha como um de seus fundamentos circunstância negocial específica do presente processo, considerada relevante pelo Colegiado - interesse em que os acionistas minoritários da investida passassem a participar do capital de WEG -, é certo que este paradigma é taxativo no sentido de que a dedutibilidade do ágio amortizado prevista no art. 386 do RIR/99 demanda, necessariamente, a confusão patrimonial entre a investida e a real investidora, entendida esta última como a que efetivamente arcou com o ônus do ágio. Também é certo que no presente processo a confusão patrimonial não envolveu a real investidora.

Assim sendo, reconhece-se o dissídio entre o acórdão recorrido e o primeiro paradigma, quanto à matéria suscitada.

O segundo paradigma encontra-se assim ementado:

Acórdão nº 1302-000.834

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA – IRPJ.

Exercício: 2006.

PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA. JUROS. DEDUTIBILIDADE. LIMITE.

Nos termos do disposto no art. 22 da Lei nº 9.430, de 1996, os juros pagos ou creditados a pessoa vinculada, quando decorrentes de contrato não registrado no Banco Central do Brasil, somente serão dedutíveis para fins de determinação do lucro real até o montante que não exceda ao valor calculado com base na taxa Libor, para depósitos em dólares dos Estados Unidos da América pelo prazo de seis meses, acrescida de três por cento anuais a título de spread, proporcionaisizados em função do período a que se referirem os juros. Imprestável, como meio de prova do referido registro, extrato que, ainda que emitido pelo Banco Central do Brasil, não revela características essenciais do acordo pactuado.

ÁGIO. TRANSFERÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE.

Em virtude da absoluta ausência de previsão legal, o ágio, supostamente incorrido na aquisição de participação societária de pessoa jurídica domiciliada no exterior, não pode ser transferido por meio de aumento de capital e quitação dívida.

CSLL. ÁGIO. AMORTIZAÇÃO.

Em conformidade com o disposto no art. 7º (caput) e inciso III da Lei nº 9.532, de 1997, a faculdade de amortização de ágio, nas condições ali referidas, limita-se à apuração do lucro real, base de cálculo do imposto de renda pessoa jurídica.

MULTA DE OFÍCIO. QUALIFICAÇÃO. IMPROCEDÊNCIA.

Inexistindo nos autos elementos de convicção que possam servir de suporte para a exasperação da multa aplicada, há que se reduzir o percentual correspondente.

MULTA DE OFÍCIO. JUROS MORATÓRIOS.

Na execução das decisões administrativas, os juros de mora à taxa selic só incidem sobre o valor do tributo, não alcançando o valor da multa aplicada. Sobre a multa podem incidir juros de mora à taxa de 1% ao mês, contados a partir do vencimento do prazo para impugnação”.

Este segundo paradigma apreciou recurso voluntário manejado à vista de situação muito assemelhada à do primeiro paradigma, por se tratar de ágio transferido da real adquirente para sua subsidiária. Destacam-se trechos do respectivo voto condutor, relevantes e suficientes para o exame da divergência invocada:

ÁGIO

A autoridade fiscal relata os seguintes fatos:

1. no primeiro semestre de 2005, a pessoa jurídica CAMARGO CORRÊA S/A, CNPJ nº 01.098.905/0001-99, controladora da autuada, manteve negociações com pessoas físicas e jurídicas visando adquirir o controle da pessoa jurídica LOMA NEGRA CIA S/A;
2. para a concretização do negócio, foram constituídas três pessoas jurídicas (GABY 1, GABY 2 e GABY 3);
3. em 30 de junho de 2005, por meio de contrato de COMPRA E VENDA DE AÇÕES, a CAMARGO CORRÊA S/A adquiriu as ações das pessoas jurídicas GABY 1, GABY 2 e GABY 3, passando a deter indiretamente 100% das ações da pessoa jurídica HOLDTOTAL S/A e 93,43% das ações da pessoa jurídica LOMA NEGRA;
4. em 30 de novembro de 2005, a CAMARGO CORRÊA S/A transferiu a titularidade das suas ações das pessoas jurídicas GABY 1, GABY 2 e GABY 3 para a fiscalizada, sua controlada, por meio de aumento de capital e pagamento de uma dívida que tinha com a pessoa jurídica CAUÊ INVESTIMENTOS LIMITED, transferida para a fiscalizada por meio de sub-rogação;
5. ao adquirir GABY 1, GABY 2 e GABY 3, a CAMARGO CORRÊA S/A pagou um ágio de R\$ 1.571.603.219,37, e, ao transferir a titularidade das citadas empresas para a fiscalizada, o fez transferindo, também, o referido ágio;
6. em 1º de dezembro de 2005, a fiscalizada incorporou as empresas GABY 1, GABY 2 e GABY 3, passando a amortizar o ágio referenciado.

Diante de tais fatos, a autoridade fiscal, destacando que o procedimento fiscalizatório envolvia tão-somente os atos praticados pela empresa CAMARGO CORRÊA CIMENTOS S/A, concluiu pela ilicitude da dedução.

[...]

Apreciando, contudo, os fatos e a legislação a eles aplicada, inclino-me a acolher a tese expendida pela autoridade fiscal no sentido de que não encontram presentes circunstâncias capazes de autorizar a amortização do ágio em questão.

Com efeito, considerado o disposto no caput do art. 385 do Regulamento do Imposto de Renda de 1999 (RIR/99), abaixo transcreto, descebe falar em apropriação de ágio por parte da CAMARGO CORRÊA CIMENTOS, a fiscalizada, quando resta indiscutível que quem incorreu no suposto sobrepreço foi a pessoa jurídica CAMARGO CORRÊA S/A e que a transferência das participações, dela para a fiscalizada, se deu em razão de aumento de capital e quitação de dívida.

[...]

Alinho-me, aqui, ao entendimento esposado na peça de autuação no sentido de que o disposto no inciso III do art. 386 do RIR/99 (abaixo reproduzido) não pode ser interpretado de forma dissociada da norma estampada no caput do art. 385 do referido ato regulamentar, ou seja, o dever de segregar o custo de aquisição, no caso de avaliação de investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor do patrimônio líquido, obviamente é de quem incorreu em tal custo, e a faculdade de amortizar o ágio antes segregado não é deferida a outro senão àquele que adquiriu a participação societária com sobrepreço.

[...]

Registro que a única transferência de ágio albergada pela legislação vigor, condenada, diga-se de passagem, por robusta doutrina³, é a prevista no inciso II do parágrafo 6º do art. 386 do RIR/99, que em nada se assemelha à situação sob exame.

Considerado o relato feito pela autoridade autuante, parece que a própria empresa CAMARGO CORRÊA S/A tinha conhecimento da impossibilidade, face a ausência de previsão legal, da transferência do ágio em questão, eis que, ao aportar as ações das empresas GABY 1 , GABY 2 e GABY 3 na subscrição de capital feita na fiscalizada, o fez pelo valor cheio, ou seja, pela soma não segregada de valor de patrimônio líquido e ágio.

Apesar de concordar com a decisão de primeiro grau no sentido de que não restam configurados nos autos circunstâncias que indiquem a constituição de empresário veículo no âmbito de um planejamento tributário, rejeito o argumento ali esposado de que a legislação fiscal não proíbe que a controladora repasse o controle de empresas adquiridas com ágio efetivamente pago, à sua controlada, pelo valor pago.

Não se trata, como parece crer a Turma Julgadora de primeiro grau, de vedação ao repasse de controle de empresas, mas, sim, de ausência de lei autorizadora de transferência de ágio por meio de subscrição de aumento de capital e de quitação de dívida.

[...]

Ainda que a estrutura de operações societárias observada neste paradigma não seja exatamente a mesma do recorrido, assemelha-se ao caso presente em todos os aspectos relevantes à matéria discutida. A questão de fundo é a mesma, e há dissídio frente ao acórdão ora recorrido.

Diante do exposto, com fundamento no art. 67, do Anexo II, do RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 2015, proponho que seja DADO SEGUIMENTO ao

Recurso Especial, interposto pela Fazenda Nacional, para que seja rediscutida a seguinte questão: dedutibilidade das despesas com amortização de ágio TRAFO.

Cientificado, o contribuinte apresentou contrarrazões tempestivas às fls. 9.027-9.052, em que questiona tanto o conhecimento, quanto o mérito do recurso.

Com relação ao conhecimento, aduz ausência de similitude fática entre o recorrido e os acórdãos paradigma.

A razão de não haver similitude fática entre os dois acórdãos está no fato de que os paradigmas tratam de situações em que se afirma inexistir propósito negocial, as quais são distintas do recorrido, cuja decisão se esteou justamente na existência de propósito negocial. Afirma ainda que em processo em tudo similar ao presente, com exceção do ano-calendário, negou-se seguimento ao recurso por meio do AC nº 9101-006.036. O mesmo ocorreu em relação ao acórdão paradigma nº 1302-000.834.

No tocante ao mérito, a contribuinte discorre sobre o propósito negocial da operação e, basicamente, pede a manutenção do acórdão recorrido pelos seus próprios fundamentos.

É o relatório do essencial.

VOTO

Conselheiro **Guilherme Adolfo dos Santos Mendes**, Relator

Conhecimento

Recurso da Fazenda

Nos termos do art. 37, §2º, II, do Decreto nº 70.235/1972, com a redação dada pela citada Lei nº 11.941/2009:

Art. 37 (...)

§ 2º Caberá recurso especial à Câmara Superior de Recursos Fiscais, no prazo de 15 (quinze) dias da ciência do acórdão ao interessado:

(...)

II – de decisão que der à lei tributária interpretação divergente da que lhe tenha dado outra Câmara, turma de Câmara, turma especial ou a própria Câmara Superior de Recursos Fiscais.

A previsão do recurso especial por divergência acerca da interpretação da lei tributária remonta à própria criação da Câmara Superior de Recursos Fiscais para julgar o referido apelo por meio do Decreto nº 83.304/1979:

Art. 1º. Fica instituída, no Ministério da Fazenda, a Câmara Superior de Recursos Fiscais, cujo funcionamento será disciplinado em Regimento Interno, aprovado mediante Portaria do Ministro de Estado da Fazenda, nos termos da legislação em vigor.

Parágrafo único. Compete à Câmara Superior de Recursos Fiscais julgar recurso especial, na forma prescrita no Regimento Interno.

(...)

Art. 3º. Caberá recurso especial:

(...)

II - de decisão que der à lei tributária interpretação divergente da que lhe tenha dado outra Câmara ou a própria Câmara Superior de Recursos Fiscais.

O rito do processo administrativo, ainda que seja mais simplificado, é inspirado no processo civil e, à época, vigiam dois recursos similares no âmbito do Supremo Tribunal Federal, decorrentes da sua função nomofilácica de guardião do direito federal, a qual, com a Constituição atual, passou a ser exercida pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ). São eles os embargos de divergência e o recurso extraordinário com fundamento em divergência jurisprudencial, este sucedido por um dos tipos de recurso especial perante o STJ.

Como requisito de ambos os recursos – cite-se o art. 1.029, §1º e o art. 1.043, §4º, do Código de Processo Civil (CPC) –, é necessário que a parte demonstre as circunstâncias que tornem os casos confrontados idênticos ou assemelhados.

A Doutrina é uníssona ao apontar que tais circunstâncias se referem ao quadro fático das decisões, que devem se aproximar. A título exemplificativo, cite-se Flávio Cheim Jorge (*Recurso especial com fundamento na divergência jurisprudencial*. In NERY JR, Nelson, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins. Vol. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 370-406):

Quanto se entende necessária a particularidade de o recorrente demonstrar as circunstâncias que assemelham ou identifiquem os casos confrontados, quer dizer que o mesmo deve comprovar que o acórdão recorrido e o paradigma tratam da mesma situação fático-jurídica.

(...)

Assim, a necessária identidade das circunstâncias fáticas entre o acórdão recorrido e o paradigma se justifica, justamente, para aferir se a lei federal foi aplicada diante de uma mesma situação. Caso contrário, diante de situações fáticas que não sejam as mesmas, não se pode dizer que a mesma lei federal foi

interpretada de modo diferente, e, consequentemente, que houve divergência jurisprudencial.

Nessa mesma linha, o Regulamento do CARF disciplina o recurso especial no art. 118, abaixo reproduzido:

Art. 118. Compete à Câmara Superior de Recursos Fiscais, por suas Turmas, julgar recurso especial interposto contra acórdão que der à legislação tributária interpretação divergente da que lhe tenha dado outra Câmara, Turma de Câmara, Turma Especial, Turma Extraordinária ou a própria Câmara Superior de Recursos Fiscais.

§ 1º O recurso deverá demonstrar a legislação tributária interpretada de forma divergente.

(...)

§ 6º Na hipótese de que trata o caput, o recurso deverá demonstrar a divergência arguida indicando até duas decisões divergentes por matéria.

(...)

§ 8º A divergência prevista no caput deverá ser demonstrada analiticamente, com a indicação dos pontos nos paradigmas colacionados que divirjam de pontos específicos no acórdão recorrido.

E a jurisprudência deste Colegiado é uníssona ao exigir a correspondência entre os quadros fáticos dos julgados cotejados. Citem-se alguns acórdãos desta Turma de Julgamento:

RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO CARACTERIZADA. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA. A ausência de similitude fático-jurídica entre a decisão recorrida e o alegado paradigma impede a caracterização do necessário dissídio jurisprudencial, ensejando, assim, o não conhecimento recursal. (AC nº 9101-006.805, de 08/11/2023, Relator Fernando Brasil de Oliveira Pinto)

RECURSO ESPECIAL. CONHECIMENTO. DIVERGÊNCIA NÃO CARACTERIZADA. Deixa de se conhecer do recurso especial, quando os contextos fáticos são dessemelhantes, sendo insuficientes para devolver a matéria ao exame da CSRF. (AC 9101-006.042, de 11/03/2022, Relator Alexandre Evaristo Pinto)

RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO CARACTERIZADA. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA. A ausência de similitude fático-jurídica entre a decisão recorrida e o alegado paradigma impede a caracterização do necessário dissídio jurisprudencial, ensejando, assim, o não conhecimento recursal. (AC 9101-006.806, de 16/01/2024, Relator Luis Henrique Marotti Toselli)

Desse modo, o direito divergente que se busca dirimir não é aquele verificável em abstrato, de forma ampla e genérica, apenas no plano hipotético, mas sim o que se implanta no

seio das relações jurídicas concretas, que possuam os mesmos contornos fáticos; consequintemente, há um afunilamento hermenêutico do direito em disputa.

Não se exige a identidade fática entre os acórdãos cotejados, mas devem ser similares, tal qual a jurisprudência administrativa já citada. A dificuldade, porém, é a de encontrar essa similaridade, bem como a refutar. Para tal, devemos perquirir o que deve ser entendido como “similaridade”.

A similaridade é sempre aferida em função de características de um recorte textual da realidade. Os fatos são relatos em linguagem escrita de supostos acontecimentos do real. Nesses relatos, são oferecidos costumeiramente inúmeros aspectos, mas sempre em um número finito em face da possibilidade infinita de descrição.

De igual modo, o acórdão pode trazer esse imenso conjunto de características das condições fáticas, mas isso não significa que todas tenham sido consideradas relevantes para se erigir o direito aplicável.

Sob esse prisma, as características fáticas podem ser segregadas em essenciais e contingentes. As primeiras são aquelas correspondentes a atributos ponderados na formulação da norma jurídica a ser aplicada. Já as contingentes são todas as demais e, portanto, irrelevantes para o desfecho decisório.

Além disso, só é possível analisar a similaridade de quadros fáticos quando os cotejamos em face de um mesmo referencial normativo e, para se concluir pela semelhança apta a caracterizar a divergência, impõe-se que possuam os mesmos atributos considerados essenciais nos acórdãos comparados, ou seja, manejados pelas decisões para dizer o direito no caso concreto, ainda que possam ser, nos demais aspectos, bem diferentes entre si.

Similaridade fática, portanto, é aquela estabelecida por meio da identidade entre as características empregadas na decisão, ainda que existam inúmeras outras desassemelhadas entre si, mas irrelevantes para a interpretação da previsão legal aplicável.

Pois bem, à luz desse referencial passamos a enfrentar o conhecimento no presente feito.

Na própria ementa do recorrido, registra-se que o propósito negocial específico foi relevante para o deslinde do feito. Segue sua transcrição:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA(IRPJ)Ano-calendário:
2013 INVESTIMENTO. ÁGIO. OPERAÇÕES SOCIETÁRIAS. LEGÍTIMAS.

PROPÓSITO NEGOCIAL.

Constatado que as operações societárias envolvendo o ativo adquirido/transferido com ágio legítimo, então surgido de transação entre partes

independentes, revelaram-se necessárias e ao abrigo de verdadeiro propósito negocial, torna-se perfeitamente legal a amortização fiscal do ágio, nos termos do disposto no art.386 do RIR/99 (art.7º da Lei 9.532/97)

O mesmo se diga do voto condutor.

O reconhecido “propósito negocial” correspondeu à aquisição da totalidade das ações da TRAFO, inclusive dos minoritários, para permitir a concentração do controle acionário, a simplificação do grupo econômico e a integração operacional entre WEG, WEL e TRAFO, com reflexos concretos de gestão e mercado.

Esse reconhecimento de que a transação envolveu partes independentes (os minoritários) e teve razões econômicas legítimas foi o fundamento essencial para o afastamento da glosa da amortização de ágio.

O propósito negocial foi circunstância específica central para a decisão recorrida.

Desse modo, um acórdão, posto como paradigma, deveria necessariamente enfrentar quadro fático em que houvesse a circunstância similar que levou o recorrido a afastar a exigência, algo inexistente nos Acórdãos nº 9101-003.618 e nº 1302-000.834.

No primeiro (AC 9101-003.618), decidiu-se que não houve propósito negocial legítimo nas operações que originaram o ágio amortizado. As transações entre empresas do mesmo grupo foram consideradas artificiais e sem substância econômica e serviram apenas para transferir contabilmente o ágio e gerar benefício fiscal indevido. O colegiado entendeu que não houve pagamento real nem negociação entre partes independentes, o que é substancialmente diferente do ocorrido no acórdão recorrido.

Já no AC nº 1302-000.834, a manutenção da autuação relativa à amortização do ágio teve como fundamento principal a ausência de previsão legal para a transferência do direito à amortização do ágio entre empresas do mesmo grupo econômico, quando essa transferência ocorre por meio de aumento de capital e quitação de dívida, e não por aquisição direta.

Embora tenha sido reconhecido que a controladora (Camargo Corrêa S/A) pagou efetivamente um ágio na aquisição das empresas Gaby 1, Gaby 2 e Gaby 3, o relator entendeu que a empresa fiscalizada (Camargo Corrêa Cimentos S/A) não poderia amortizar esse ágio, pois não foi ela quem realizou a aquisição com sobrepreço. A legislação vigente (artigos 385 e 386 do RIR/99) estabeleceria que somente a adquirente original da participação societária poderia desdobrar o custo de aquisição e amortizar o ágio.

Pois bem, apesar de calcado na posição de que a legislação não ampararia a transferência com ágio de participações entre pessoas jurídicas de um mesmo grupo empresarial, o fundamento jurídico não foi confrontado com situação equivalente ao do acórdão recorrido.

Por essas razões, não conheço do recurso especial da Fazenda Nacional.

Recurso do contribuinte

Não temos reparos a fazer quanto ao despacho que deu seguimento ao recurso especial do contribuinte - aliás, a própria PFN não questionou esse ponto -, em face do que adoto os fundamentos do despacho como razões de decidir pelo conhecimento.

Recurso do contribuinte

Com relação à matéria atinente à suposta **prevalência de Tratado Internacional** sobre o art. 74 da Medida Provisória nº 2.158/2001, já tive a oportunidade, no âmbito deste Colegiado, de enfrentar a questão do aparente conflito entre o disposto no art. 74 da MP nº 2.158-35/2001 e o art. 7º dos tratados para evitar a dupla tributação que seguem o modelo OCDE, quando relator do acórdão nº 9101-006.383.

Naquela oportunidade, me alinhei com as razões oferecidas no voto vencedor do acórdão recorrido daquele processo da lavrado Ilustre Conselheiro Fernando de Oliveira Brasil, o qual fez referência ao voto do antigo Presidente da Primeira Seção do CARF Marcos Aurélio Pereira Valadão.

Esse voto conduziu o Acórdão 9101-002.330 sobre o tema na Primeira Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais e vale percorrermos alguns dos primeiros fundamentos lá desenvolvidos.

Em primeiro lugar, rebate o argumento de que o artigo 74 da MP 2.158-35 estaria a tributar, não a renda da controlada nacional, mas aquela da titularidade da empresa estrangeira, nos seguintes termos:

Em sua linha argumentativa no recurso, tratando da evolução legislativa do tema (fls. 2.153-2.154, itens 28 a 35), o recorrente sustenta que desde a edição da Lei n. 9.249/1995, que em seu art. 25 trouxe a previsão da tributação dos lucros no exterior (norma que mudou a tributação das pessoas jurídicas de territorial para tributação universal, de forma a abranger as rendas auferidas fora do País), a norma não seria aplicável, porque, conforme sustenta o recorrente, “o imposto brasileiro veio atingir a renda que não é da própria sociedade brasileira, mas renda de titularidade jurídica de sociedades estrangeiras independentes.”

Essa afirmativa não nos parece correta, pois é justamente essa a lógica da sistemática de tributação em bases universais (que à época já existia para pessoas físicas). O que importa é de quem é a titularidade da “sociedade estrangeira independente”, pois é o titular que é o beneficiário efetivo de seus rendimentos, já que, a rigor, “sociedade independente” é uma ficção, isto porque toda sociedade empresarial tem proprietários (pessoas físicas ou jurídicas) que são os que se beneficiam dos seus lucros. A tributação em bases universais para as pessoas jurídicas que passou a ser disciplinada pelos arts. 25 a 27, Lei n. 9.249/1995 visa tributar as pessoas jurídicas brasileiras em relação à variação patrimonial positiva (acréscimo patrimonial) referente às suas atividades

empresariais fora do País, o que antes não era feito. A questão gira, de fato, em torno do momento em que é feita essa tributação (aspecto temporal do fato gerador), uma vez apurado o lucro da entidade investida (seja controlada ou coligada no exterior ou mesmo nos casos de investimento não relevante em que não se utiliza o método da equivalência patrimonial).

Assim, entende-se que a argumentação trazida pelo recorrente para tentar afastar *ab initio* (a partir da edição da Lei n. 9.249/1995) a tributação do lucros de controladas e coligadas no exterior é totalmente improcedente, sob este aspecto

Ademais, destacou que o STF, no julgamento da ADI 2.588/DF, não considerou inconstitucional essa medida. Pelo contrário, afastou por inconstitucionalidade apenas a tributação para os lucros não distribuídos de coligadas estrangeiras residentes em jurisdições de tributação normal da renda.

Cumpre-nos, destacar, nesse ponto, que a razão dessa específica inconstitucionalidade está centrada no conceito de disponibilidade da renda para o contribuinte nacional e não numa suposta tributação de renda de outrem.

Valadão prossegue para aduzir que a norma brasileira possui a natureza de uma regra CFC (*Controlled Foreign Corporations*), a qual corresponde a normas destinadas a impedir que os lucros acumulados no exterior pelos residentes no País tenham sua tributação postergada *ad aeternum*, ou seja, fazendo com que sua distribuição ou utilização que permitiria sua tributação em um regime normal nunca aconteça.

Pois bem, as normas CFC são empregadas pela maior parte dos países e, apesar de o Brasil adotar a versão *Full inclusion*, que destoa da maioria das nações, as quais buscam tributar apenas rendas passivas e aquelas oriundas de jurisdições de tributação mitigada, não está isolado no plano internacional (Nova Zelândia, por exemplo, possui modelo similar) e há inúmeras formas de implementação de normas CFC, cujo cerne está na inclusão, no país da sua sede, das rendas auferidas no exterior.

Não há dúvidas de que o artigo 74 da MP 2.158-35 trata-se de uma tributação CFC, a qual em momento algum é afastada de forma expressa por qualquer das regras estampadas na convenção-modelo da OCDE, inclusive pelo seu artigo 7º, cerne do tema ora debatido.

Regras CFC não correspondem a um modelo recente de tributação e muito menos adotado por poucos e irrelevantes países no cenário internacional. Pelo contrário!

São antigos, os debates sobre regras CFC. Datam do início do século passado. Para ficarmos no exemplo mais relevante, o Congresso Norte Americano começou a discutir o tema em 1913, com efetiva implementação da sua legislação em 1962 (vide **ESTADOS UNIDOS. Department of Treasury. *The deferral of income earned through U.S. controlled foreign corporations: a policy study.*** **Washington, D.C, 2000,** disponível em <<https://home.treasury.gov/system/files/131/Report-SubpartF-2000.pdf>>), a qual orientou a formulação de leis similares mundo afora, como no Reino Unido.

Ora, diante desse cenário, se a convenção-modelo da OCDE, da qual Estados Unidos e Reino Unido fazem parte, pretendesse afastar as legislações nacionais relativas a regras CFC, não teria feito de forma expressa, clara e cristalina? É evidente que sim.

Diferente do que alguns apregoam, não está em jogo na tributação internacional das rendas transfronteiriças apenas o direito de multinacionais não se submeterem a uma tributação acumulada imposta por mais de uma jurisdição. Há outras dimensões de interesses, como os fatores indutores da tributação e as legítimas e soberanas questões de arrecadação dos estados nacionais.

Nesse último diapasão, os países exportadores de capital são fiscalmente favorecidos por regras centradas na tributação das rendas com base na residência e militam que as normas para evitar a bitributação operem nesse sentido. De forma diametralmente oposta, os países importadores de capital defendem posição oposta, qual seja, que a tributação seja estabelecida pelo critério da fonte.

É nesse jogo de interesses, que são celebrados os tratados internacionais para evitar a bitributação. O modelo da OCDE, inclusive e principalmente o seu art. 7º, por corresponder a uma organização composta pelos países desenvolvidos e tipicamente exportadores de capital, possui justamente o viés da tributação com base na residência e, assim, não faria nenhum sentido bloquear as regras CFC.

A correta interpretação do art. 7º se dá, não só em função da sua estrutura gramatical, mas também contextualmente com o pendor de prestigiar a tributação pela residência e não pela fonte.

Esse traço característico da convenção-modelo e especificamente de seu art. 7º é muito bem desenvolvido e explicado por Alan Marcel Warwar Teixeira, ex-Conselheiro do CARF na sua dissertação de mestrado *Tributação em bases universais: da tributação de sociedades controladas brasileiras em razão dos resultados de suas controladas no exterior*, defendida na tradicional Faculdade de Direito da UERJ e a quem tive a honra de coorientar. Segue o trecho específico, pp. 85-87:

(...) se a matriz não operar por meio de filial, mas, p.ex., prestar serviços naquele país sem uma base lá permanente, o país da fonte não poderá fazer retenções sobre os pagamentos efetuados, cabendo apenas ao Estado de Residência a competência para tributar esta operação. Ir além disso é estender o alcance semântico dos termos do art. 7º de modo a limitar competências tributárias fora do escopo do tratado.

Esta é, aliás, a principal finalidade do tratado: limitar a competência tributária do Estado de fonte do pagamento em favor do Estado de residência. O estabelecimento permanente da filial, condição a autorizar a sua tributação plena no país da fonte, nada mais é do que um corolário do próprio princípio de residência.

Ou seja, o art. 7º da Convenção Modelo da OCDE trata de (i) exclusão de competência do Estado de Fonte em favor do Estado de Residência e (ii) uma exceção a essa regra relativamente a situações quando uma matriz opera por meio de uma filial. Isto é, não alcança, *a priori*, situações envolvendo controladora e controlada, como no caso previsto na TBU.

O entendimento de que o art. 7º trata de filiais e matrizes é, curiosamente, confirmado por Xavier, quando diz “Esclareça-se que, para fins dos tratados, o fato de uma sociedade, domiciliada em um dos Estados (Espanha), ser controlada por outra sociedade, domiciliada no outro Estado (Brasil), não faz da primeira um estabelecimento permanente da segunda”¹. Ou seja, não abrange situações de controladora e controlada.

Quando a Convenção Modelo da OCDE fala de “estabelecimento permanente”, não toma este conceito em sentido genérico para nele incluir as empresas personalizadas; ao contrário, emprega-o em sentido estrito de modo a ressaltar como traço a falta de personalidade jurídica destas entidades empresariais.

A despeito disso, isto é, de admitir que o art. 7º trata de filiais e matrizes, conclui o autor em sentido oposto, quando afirma que o art. 7º primeira parte, combinado com o art. 5º (que define “estabelecimento permanente”), deixa claro “nas relações entre duas pessoas jurídicas com personalidade jurídica própria, em que uma é controladora da outra, não pode o país de domicílio da primeira (Brasil, controladora) pretender tributar os lucros da segunda empresa (estrangeira, controlada), domiciliada no outro Estado Contratante.

Além desta primeira incoerência, há outras, ao se admitir a interpretação de que o art. 7º da Convenção Modelo da OCDE possa impedir a tributação de controladoras no Brasil pela TBU.

A segunda seria admitir que o mesmo artigo 7º – cuja principal finalidade é reafirmar o princípio da residência, por meio da limitação da competência do Estado de Fonte – estaria a funcionar de modo a limitar a competência de um Estado de Residência de tributar seus próprios contribuintes.

Como mencionado no capítulo 1, a convenção modelo da OCDE é um acordo que aumenta a base tributária dos países exportadores de capital em detrimento dos países importadores. Este inclusive é um ponto de notável disputa internacional entre países mais pobres e mais ricos, portanto, fato notório.

Assim sendo, estranho seria extrair deste artigo – um dos principais da convenção – um sentido contrário a tudo aquilo que publicamente se sabe acerca das finalidades desse mesmo tratado, isto é, de ampliar a competência tributária dos Estados de Residência mediante a redução do poder de tributar dos Estados de Fonte.

¹ XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 477.

Curiosamente, embora o Brasil tenha uma história de país importador de capital – e, portanto, de país que tende a se beneficiar mais do critério de fonte –, no caso da TBU, o país funciona como exportador de capital, quando uma empresa nacional se multinacionaliza incorporando controladas no exterior. Assim, nenhuma outra hipótese melhor do que esta representaria a confirmação da competência brasileira de tributar os seus próprios residentes.

Outras seriam as evidências contrárias à interpretação de um suposto conflito do art. 7º com a TBU. Admitindo esta tese como correta, este seria o único artigo com o propósito de, na cabeça, limitar competência do Estado de Residência, destoando do resto do tratado. No máximo, os outros artigos possuem parágrafos que restringem a competência do Estado de Residência de modo a firmar uma partilha da tributação de rendas passivas com o Estado-fonte onde são auferidas esses rendimentos, como, por exemplo, juros, royalties e dividendos. Isto porque, do contrário, tudo acabaria sendo tributado no Estado-fonte.

Como vimos, o trecho acima busca também rebater argumentos de Alberto Xavier, que milita tese oposta favorável ao contribuinte.

A bem da verdade, a maior parte da doutrina nacional e estrangeira adota a linha defendida por Xavier, mas este sentido majoritário está claramente contaminado por considerar apenas ou de forma exasperada uma parte dos interesses em jogo.

Essa doutrina repudia toda e qualquer tributação CFC, independentemente da própria realização de tratados entre os países, naquilo que Túlio Rosembuj, Professor Catedrático da Universidade de Barcelona, designou de forma clara por “ultraterritorialidade ofensiva” e que foi abraçado com entusiasmo em nossas paragens, como pelo próprio Alberto Xavier.

Evidentemente, aqueles que são avessos à tributação dos lucros obtidos pelas controladas no exterior não vão esgotar seu repertório argumentativo apenas em considerações de âmbito constitucional ou de cunho abstrato de direito internacional acerca de um suposto primado de vedação à dupla tributação a pairar sobre as ordens jurídicas nacionais. Afinal, nessa seara, já estão cônscios da derrota aqui e alhures.

Irão lançar mão de outros artifícios, como o de deturpar a interpretação dos tratados internacionais, que claramente foram redigidos considerando outros intentos. Para além das possibilidades hermenêuticas do texto, no que Umberto Eco designou por “superinterpretação”, buscam impor seu modo de pensar sobre textos redigidos com finalidades outras, com o propósito de impor significados inexequíveis por qualquer modo minimamente neutro de interpretação, como gramatical, teleológico, histórico, contextual, etc.

A própria OCDE já se manifestou expressamente e de forma bem clara que sua convenção modelo não afasta a aplicação das regras CFC, nos seus múltiplos formatos adotados pelos Estados.

Nesse sentido, vejamos, os parágrafos 17 e 81 dos comentários ao art. 1º da convenção modelo, que consta da sua *full version*, um documento de mais de 2.600 (duas mil e seiscentas) páginas:

17. Whilst some provisions of the Convention (e.g. Articles 23 A and 23 B) are clearly intended to affect how a Contracting State taxes its own residents, the object of the majority of the provisions of the Convention is to restrict the right of a Contracting State to tax the residents of the other Contracting State. In some limited cases, however, it has been argued that some provisions could be interpreted as limiting a Contracting State's right to tax its own residents in cases where this was not intended (see, for example, paragraph 81 below, which addresses the case of controlled foreign company provisions)

(...)

81. A significant number of countries have adopted controlled foreign company provisions to address issues related to the use of foreign base companies. Whilst the design of this type of legislation varies considerably among countries, a common feature of these rules, which are now internationally recognised as a legitimate instrument to protect the domestic tax base, is that they result in a Contracting State taxing its residents on income attributable to their participation in certain foreign entities. It has sometimes been argued, based on a certain interpretation of provisions of the Convention such as paragraph 1 of Article 7 and paragraph 5 of Article 10, that this common feature of controlled foreign company legislation conflicted with these provisions. Since such legislation results in a State taxing its own residents, paragraph 3 of Article 1 confirms that it does not conflict with tax conventions. The same conclusion must be reached in the case of conventions that do not include a provision similar to paragraph 3 of Article 1; for the reasons explained in paragraphs 14 of the Commentary on Article 7 and 37 of the Commentary on Article 10, the interpretation according to which these Articles would prevent the application of controlled foreign company provisions does not accord with the text of paragraph 1 of Article 7 and paragraph 5 of Article 10. It also does not hold when these provisions are read in their context. Thus, whilst some countries have felt it useful to expressly clarify, in their conventions, that controlled foreign company legislation did not conflict with the Convention, such clarification is not necessary. It is recognised that controlled foreign company legislation structured in this way is not contrary to the provisions of the Convention.

Abaixo, segue a tradução livre desse texto:

17. Embora algumas disposições da Convenção (por exemplo, artigos 23 A e 23 B) sejam claramente destinado a afetar a forma como um Estado Contratante tributa seus próprios residentes, o objeto da maioria das disposições da Convenção é restringir o direito de um Estado Contratante para tributar os residentes do outro Estado Contratante. Dentro alguns casos limitados, no entanto, tem sido argumentado que algumas

disposições poderiam ser interpretada como limitando o direito de um Estado Contratante de tributar seus próprios residentes em casos em que isso não foi pretendido (ver, por exemplo, parágrafo 81 abaixo, que trata do caso de provisões de controladas estrangeiras).

(...)

81. Um número significativo de países adotou disposições sobre empresas estrangeiras controladas para tratar de questões relacionadas ao uso de empresas estrangeiras. Embora o desenho desse tipo de legislação varie consideravelmente entre os países, uma característica comum dessas regras, que agora são reconhecidas internacionalmente como um instrumento legítimo para proteger a base tributária doméstica, é que elas resultam em um Estado Contratante tributando seus residentes sobre a renda atribuível à sua participação em determinadas entidades estrangeiras. Algumas vezes tem sido argumentado, com base em certa interpretação das disposições da Convenção, como o parágrafo 1 do Artigo 7 e o parágrafo 5 do Artigo 10, que essa característica comum da legislação de empresas estrangeiras controladas conflita com essas disposições. Uma vez que tal legislação resulta em um Estado tributando seus próprios residentes, o parágrafo 3 do Artigo 1 confirma que ela não conflita com as convenções fiscais. A mesma conclusão deve ser tirada no caso de convenções que não incluem dispositivo semelhante ao parágrafo 3º do artigo 1º; pelas razões explicadas nos parágrafos 14 do Comentário ao Artigo 7 e 37 do Comentário ao Artigo 10, a interpretação segundo a qual estes Artigos impediriam a aplicação de disposições de sociedade estrangeira controlada não está de acordo com o texto do parágrafo 1 do Artigo 7 e o n.º 5 do artigo 10º. Também não procede quando estas disposições são lidas no seu contexto. Assim, embora alguns países tenham julgado útil esclarecer expressamente, em suas convenções, que a legislação de empresas estrangeiras controladas não conflita com a Convenção, tal esclarecimento não é necessário. Reconhece-se que a legislação de empresas estrangeiras controladas estruturada desta forma não é contrária às disposições da Convenção.

No mesmo documento, a OCDE especificamente aduz que o art. 7º não exerce qualquer função de obstáculo à implementação de regras CFC. Isso consta do parágrafo 14 dos comentários ao referido artigo. Segue sua transcrição:

14. The purpose of paragraph 1 is to limit the right of one Contracting State to tax the business profits of enterprises of the other Contracting State. As confirmed by paragraph 3 of Article 1, the paragraph does not limit the right of a Contracting State to tax its own residents under controlled foreign companies provisions found in its domestic law even though such tax imposed on these residents may be computed by reference to the part of the profits of an enterprise that is resident of the other Contracting State that is attributable to these residents'

participation in that enterprise. Tax so levied by a State on its own residents does not reduce the profits of the enterprise of the other State and may not, therefore, be said to have been levied on such profits (see also paragraph 81 of the Commentary on Article 1).

Em tradução livre:

14. O objetivo do parágrafo 1 é limitar o direito de um Estado Contratante tributar os lucros das empresas do outro Estado Contratante. Como confirmado pelo parágrafo 3º do Artigo 1º, o parágrafo não limita o direito de um Estado Contratante tributar seus próprios residentes com base no seu direito interno relativo a controladas no exterior, ainda que a tributação desses residentes poça ser calculada com base na parte do lucros de uma empresa residente no outro Estado Contratante, atribuíveis à participação desses residentes naquele empreendimento. Imposto assim cobrado por um Estado sobre seus próprios residentes não reduz os lucros da empresa do outro Estado e não pode, portanto, ser considerado cobrado sobre tal lucros (ver também parágrafo 81 do Comentário sobre o Artigo 1).

E não se diga que esse entendimento da OCDE é algo recente, pois o mesmo parágrafo consta da versão completa do seu modelo desde 2003, quando era numerado por 10.1.

Essa interpretação da própria OCDE acerca do seu modelo de tratado é adotada pelos tribunais superiores mundo afora. Em artigo específico sobre o tema (*Tax Treaty Interpretation by Supreme Courts: Case Study of CFC Rules*, Revista Direito Tributário Internacional Atual, IBDT, março de 2017), Błażej Kuźniacki, mestre em direito e pesquisador da Universidade de Oslo, analisou a jurisprudência das cortes superiores de diversos países e concluiu:

To sum up, the analysed case law shows that even in the absence of safeguarding clauses in a tax treaty, it is most likely that courts would confirm the compatibility of the CFC rules with tax treaties based on the OECD Model. Generally, it may be done by referring to the OECD Commentary and stating that the application of CFC rules results in taxing the income of domestic shareholders, not the income of the foreign company, and due to purely domestic taxation, no tax treaty issues arise⁴⁷ (e.g. ruling of the Japanese Supreme Court) or by stating that the aim of CFC rules is to prevent tax avoidance, which is also one of the main aim of tax treaties (e.g. ruling of the Finish Supreme Administrative Court).

Em tradução livre:

Em suma, a jurisprudência analisada mostra que, mesmo na ausência de cláusulas de salvaguarda em um tratado tributário, é mais provável que os tribunais confirmem a compatibilidade das regras do CFC com os tratados tributários baseados no Modelo OCDE. Geralmente, isso pode ser feito referindo-se ao Comentário da OCDE e declarando que a aplicação das regras do CFC resulta na tributação da renda dos acionistas domésticos, não da renda da empresa estrangeira, e devido à tributação puramente doméstica, não surgem questões de

tratados fiscais⁴⁷ (por exemplo, decisão do Supremo Tribunal Japonês) ou afirmando que o objetivo das regras do CFC é evitar a evasão fiscal, o que também é um dos principais objetivos dos tratados fiscais (por exemplo, decisão do Supremo Tribunal Administrativo da Finlândia).

As normas CFC não são uma novidade, nem uma particularidade da legislação brasileira. São empregadas por dezenas de países e, pelos desenvolvidos, há mais de meio século. Considerar que a convenção modelo da OCDE, sem que nenhuma das suas múltiplas e detalhadas cláusulas tratem de forma expressa do tema, afasta regras CFC é querer exercer política e não promover interpretação jurídica.

Como assevera Alan Marcel Warwar Teixeira, em obra já citada anteriormente, p. 92:

(...) dois vieses importantes poderiam ser destacados da convenção modelo da OCDE: o primeiro trata da preferência pela tributação no Estado de Residência, com a consequente limitação da competência tributária do país de fonte, também chamado de “princípio de residência”; o segundo, o de uma indiferença em relação aos efeitos inibidores no fluxo de capitais porventura decorrentes do exercício da competência tributária de um país no sentido de tributar seus próprios residentes, dado não existir qualquer dispositivo na minuta-modelo com essa finalidade, exigindo portanto dos Estados interessados – como o Brasil ou outros – que aditem a minuta modelo se assim o desejarem.

Ou seja, as regras CFC só são afastadas no caso de expressa previsão nos acordos internacionais e esse tipo de cláusula específica está presente inclusive em tratados celebrados pelo Brasil. É o caso do tratado com Eslováquia e República Tcheca (antiga República Socialista da Tchecoslováquia), conforme parágrafo 5 do artigo 23 do Decreto nº 43/1991:

5. Os lucros não distribuídos de uma sociedade de um Estado Contratante, cujo capital pertencer ou for controlado total ou parcialmente direta ou indiretamente, por um ou mais residentes do outro Estado Contratante, não serão tributáveis nesse último Estado.

Cláusula bastante similar também era prevista no parágrafo 5, art. 23, do Tratado com a Dinamarca, Decreto 75.106/1974, que vigorou até 2019:

5. Os lucros não distribuídos de uma sociedade anônima de um Estado Contratante cujo capital pertencer ou for controlado, total ou parcialmente, direta ou indiretamente, por um ou mais residentes de outro Estado Contratante não são tributáveis no último Estado.

Note-se que ambos os tratados possuem o mesmo artigo 7º da convenção-modelo. Se esse artigo tivesse por finalidade afastar a aplicação de regras CFC, por qual razão se faria constar a cláusula específica no artigo 23?

Enfim, atribuir ao artigo 7º o sentido de bloquear normas CFC, em específico o art. 74 da MP 2.158-35, como pretende o contribuinte, é deixar o Brasil, no pior dos mundos em

termos de regulação da tributação das rendas em contexto internacional. De um lado, o modelo OCDE é estruturado para centrar a tributação no critério da residência em detrimento da fonte e, desse modo, favorecer os países mais desenvolvidos exportadores de capital, que rigidamente defendem sua posição política na formulação desses tratados e na aplicação das suas legislações CFC, no cenário interno e internacional. De outro, nas situações não usuais em que o Brasil figura na posição de exportador de capital, busca-se afastar a sua jurisdição tributária por meio de uma “interpretação” deturpada dos tratados.

Em suma, o art. 7º dos tratados firmados pelo Brasil com base na convenção-modelo da OCDE, como o celebrado com a Argentina ora em exame, não afasta a aplicação da regra estampada no art. 74 da MP 2.158-35.

A contribuinte também menciona tratados firmados pelo Brasil com países onde mantinha controladas (como África do Sul, Espanha, Argentina etc.) e argumenta que os artigos 10 e 23 desses acordos atribuem ao Estado da fonte (país da controlada) o direito de tributar os lucros, de modo que não poderia haver tributação imediata no Brasil antes da distribuição

Pois bem, a questão da aplicação do art. 74 da MP 2.158-35 em face do Tratado com isenções de dividendo adquire especificidade em função, principalmente, do seu art. 23, cujo parágrafo 2 possui a seguinte redação:

2. Os dividendos pagos por uma sociedade residente de um Estado Contratante a uma sociedade residente do outro Estado Contratante detentora de mais de 10 por cento do capital da sociedade pagadora, que são tributáveis no primeiro Estado Contratante de acordo com as disposições da presente Convenção, serão isentos de impostos no outro Estado Contratante.

Pois bem, como havíamos dito anteriormente, os tratados internacionais que regem a tributação da renda não tem por propósito exclusivo poupar os cofres particulares das exações soberanas das nações. Há ainda duas ordens de interesses legítimos que regem tais diplomas normativos. Um deles é o interesse fiscal dos estados, o outro diz respeito aos efeitos indutores da tributação.

Este último é sobremaneira relevante para a interpretação da disposição acerca da isenção dos dividendos. Note-se que, como já pontuamos anteriormente, o Brasil possui tratados em que expressamente se dispõe a não tributar os lucros não distribuídos pelas controladas estrangeiras, enquanto no tratados citados pela defesa, a previsão de isenção é apenas para os dividendos.

Para além da estrita discussão acerca das diferenças jurídicas entre dividendos, lucro da controladora nacional e lucro da controlada estrangeira, estamos diante de técnicas distintas para se evitar a bitributação, que resultam em efeitos diferentes e pretensões indutoras (de política econômico-tributária) também dessemelhantes.

Ao contrário do que milita a defesa, se a isenção prevista no tratado para os dividendos fosse interpretada da forma como propõe, estariam totalmente frustrados os efeitos do art. 74 da MP 2.158-35 de evitar o deferimento dos lucros no exterior.

Dito de outro modo, o que o tratado busca com a cláusula de isenção de dividendos é justamente isentar os lucros que efetiva e imediatamente são disponibilizados para a controladora brasileira em consonância com a política de estímulo à entrada (e retorno) de capitais no mercado nacional.

O Brasil, como país ainda em vias de desenvolvimento e carente de capital, exerce forte política de desoneração tributária na entrada de capital internacional. É o caso da Lei nº 11.312/2006 que reduz a zero a tributação pelo imposto de renda dos rendimentos de residentes ou domiciliados no exterior em razão de investimentos em títulos da dívida pública e fundos de investimento.

Por todo o exposto, podemos afirmar com segurança que as isenções de dividendos previstas nos tratados internacionais que regem a tributação das rendas não afastam a aplicação da regra estampada no art. 74 da MP 2.158-35.

Conclusão

Por todo o exposto, voto por não conhecer do recurso da Fazenda. Quanto ao recurso do contribuinte, voto por conhecer para, no mérito, negar-lhe provimento.

Assinado Digitalmente

Guilherme Adolfo dos Santos Mendes

DECLARAÇÃO DE VOTO

Conselheiro Edeli Pereira Bessa

O recurso especial fazendário teve seguimento no âmbito *Da divergência quanto à dedutibilidade das despesas com amortização de ágio TRAFO*, com base nos paradigmas nº 9101-003.618. Do exame de admissibilidade destaca-se:

[...]

Ainda que o acórdão recorrido tenha como um de seus fundamentos circunstância negocial específica do presente processo, considerada relevante pelo Colegiado - interesse em que os acionistas minoritários da investida passassem a participar do capital de WEG -, é certo que este paradigma é taxativo

no sentido de que a dedutibilidade do ágio amortizado prevista no art. 386 do RIR/99 demanda, necessariamente, a confusão patrimonial entre a investida e a real investidora, entendida esta última como a que efetivamente arcou com o ônus do ágio. Também é certo que no presente processo a confusão patrimonial não envolveu a real investidora.

Assim sendo, reconhece-se o dissídio entre o acórdão recorrido e o primeiro paradigma, quanto à matéria suscitada.

[...]

Este segundo paradigma apreciou recurso voluntário manejado à vista de situação muito assemelhada à do primeiro paradigma, por se tratar de ágio transferido da real adquirente para sua subsidiária. Destacam-se trechos do respectivo voto condutor, relevantes e suficientes para o exame da divergência invocada:

[...]

Ainda que a estrutura de operações societárias observada neste paradigma não seja exatamente a mesma do recorrido, assemelha-se ao caso presente em todos os aspectos relevantes à matéria discutida. A questão de fundo é a mesma, e há dissídio frente ao acórdão ora recorrido.

A Contribuinte contesta o conhecimento observando que no recorrido *não se verificou artificialidade nas operações societárias realizadas e/ou das sociedades envolvidas. Pelo contrário, foi expressamente reconhecido o propósito negocial de todos os atos societários, sendo afastada qualquer arguição de que a Recorrida agiu com o único intento de economia tributária*, ao passo que no paradigma nº 9101-003.618 a premissa é de que *os fatos foram construídos artificialmente, sem propósito negocial, visando única e exclusivamente a economia tributária*, e no paradigma nº 1302-000.834 não foi estabelecida na decisão a existência de propósito negocial na aquisição de investimento situado no exterior.

Acrescenta, ainda, que são distintas as estruturas e operações societárias dos casos confrontados, e que no segundo paradigma as pessoas jurídicas interpostas tinham o propósito de recepcionar dos “vendedores” (*localizados no exterior*) o investimento (*também localizado no exterior*).

No acórdão recorrido, a glosa de amortização de ágio tem em conta aquisição que foi analisada pelo mesmo Colegiado, com respeito ao lançamento no ano-calendário anterior (2012), no Acórdão nº 1401-004.192. Esta Conselheira redigiu o voto vencedor² no Acórdão nº 9101-006.036 para negar conhecimento ao recurso especial contra ele interpôsto pela Fazenda Nacional, mas com base em outros paradigmas (Acórdãos nº 9101-003.199 e 9101-004.277).

² Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia De Carli Germano, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Alexandre Evaristo Pinto, Gustavo Guimarães da Fonseca (suplente convocado) e Andrea Duek Simantob (Presidente em exercício) e restaram vencidos os conselheiros Luis Henrique Marotti Toselli (relator) e Alexandre Evaristo Pinto que votaram pelo conhecimento.

De toda a sorte, esta Conselheira destacou, naquela ocasião, as seguintes peculiaridades do voto condutor daquele julgado, replicado no acórdão recorrido:

[...]

Nestes termos, portanto, a decisão do Colegiado a quo está fundamentada na existência de propósito negocial *para que a aquisição fosse feita pela controladora WEG, e não diretamente pela WEL - a justificativa seria o desejo de que os acionistas minoritários de TRAFO passassem a participar do capital da holding WEG, o que se daria mediante incorporação das ações da primeira pela segunda.*

[...]

O paradigma nº 9101-003.199, dessa forma, estabelece genericamente a exigência de confusão patrimonial entre investida e investidora para fins de amortização fiscal do ágio porque não apresentada qualquer justificativa para a interposição da empresa-veículo. Não é possível, assim, cogitar como decidiria o Colegiado que proferiu o paradigma frente à alegação que, presente nestes autos, motivou o Colegiado a quo a concluir que houve propósito negocial na operação que resultou no encontro do patrimônio da investida TRAFO com o ágio pago por WEG, na incorporação de ações dos minoritários da TRAFO, depois de tal investimento ser subscrito como capital da WEL, seguindo-se a incorporação, por esta, da TRAFO.

Dentre outros aspectos, o voto condutor do acórdão recorrido observa que: 1) WEL adquirira parte das ações de TRAFO em operação anterior com ágio, e nesta parte a amortização não teria qualquer questionamento; 2) WEG, e não WEL, adquiriu a participação dos minoritários da TRAFO (parte não relacionada) também com ágio; 3) a autoridade fiscal *não se aprofundando nos, digamos, bastidores das operações, ou seja, cabia que perquirisse às empresas envolvidas, por exemplo, porque a WEL não fizera, ela própria, a aquisição das ações pertencentes aos minoritários, uma vez que já havia adquirido anteriormente o controle societário da TRAFO ou, ainda, se a controladora WEG S/A entrou no negócio e promoveu a incorporação destas ações (dos minoritários) da TRAFO e em seguida transferiu o investimento com o ágio para a WEL, quais seriam os motivos do ingresso da WEG S/A na transação;* 4) os acionistas minoritários da TRAFO desejavam participar do capital da WEG, o que justificou a incorporação de ações por WEG; e 5) WEL e TRAFO apresentavam os mesmos objetivos econômicos, justificando a incorporação entre elas.

Destaque-se, para além da decisão pautada, no recorrido, no propósito negocial alegado pelo sujeito passivo para a operação, o fato de a “empresa-veículo”, no presente caso, existir efetivamente, inclusive já detendo parte das ações da adquirida, distinguindo-se substancialmente de “Cananga”, referida no paradigma como empresa de prateleira. Daí, inclusive, a referência, no voto condutor do acórdão recorrido, de que o procedimento fiscal não teria se aprofundado o

suficiente e questionado porque a WEL não fizera, ela própria, a aquisição das ações pertencentes aos minoritários, uma vez que já havia adquirido anteriormente o controle societário da TRAFO ou, ainda, se a controladora WEG S/A entrou no negócio e promoveu a incorporação destas ações (dos minoritários) da TRAFO e em seguida transferiu o investimento com o ágio para a WEL, quais seriam os motivos do ingresso da WEG S/A na transação.

[...]

Assim, na mesma linha da análise do primeiro paradigma, também em relação ao segundo, a dessemelhança entre as empresas tidas como “veículo” na restruturação societária que ensejou a amortização do ágio impede que o dissídio jurisprudencial se verifique no plano da interpretação da legislação tributária. A duração efêmera de OREGON não suscitou qualquer dúvida quanto à inutilidade de sua interposição, distintamente das condições de WEL, que levaram o Colegiado a quo a demandar acusação fiscal mais consistente acerca de sua participação na operação sob análise.

No presente caso, as glosas de amortização de ágio se referem, como descrito pela autoridade lançadora no relatório do acórdão recorrido, à 2^a etapa, parcela do ágio teria sido indevidamente deduzida pela FISCALIZADA, uma vez que se trata de ágio transferido, pago pela WEG, e usufruído pela WEL. Nesta 2^a etapa de formação do ágio, quem efetuou a aquisição da TRAFO, pagando ágio, foi a WEG, conforme processo de incorporação das ações da TRAFO. Dois dias depois, este ágio, escriturado na contabilidade da WEG, foi transferido para a WEL, através do processo de subscrição de capital. A autoridade lançadora conclui, assim, que mesmo que se argumente que o ágio foi gerado, não na incorporação de ações pela WEG5, mas no processo de subscrição de capital efetivado pela WEG na WEL, ainda sim se trataria de um ágio indevidável na WEL, uma vez que restaria caracterizado um ágio intragrupo, interno. Cumpre lembrar que WEG e WEL fazem parte do mesmo Grupo Econômico, sendo a WEG acionista majoritária da WEL.

A PGFN indica, em seu recurso especial, o paradigma nº 9101-003.618, no qual se conclui não ser possível a amortização de ágio transferido e, dentre os trechos de seu voto condutor, destaca o seguinte:

A questão posta nos autos diz respeito, portanto, à possibilidade de transferência do ágio para o contribuinte, numa operação, que, em síntese, pode assim ser apresentada:

- a) A Hipercard Administradora de Cartão de Crédito Ltda. (Hipercard ACC) tinha como sócias a empresa BR Participações e Empreendimentos S/A (BRPAR), que detinha 68,22% das ações, e a empresa holandesa Holla Beheer B. V. (Holla), que detinha 31,78% das ações.
- b) A BRPAR adquiriu 100% das cotas da empresa Conabinu Participações Ltda., aumentando o seu capital social mediante a integralização de recebíveis a serem pagos pela Hipercard ACC.

c) As empresas do Grupo Unibanco, Unipart Participações Ltda. e Unicard Banco Múltiplo S/A, adquiriram as cotas da empresa Hipercard ACC e apuraram um ágio de R\$ 200.287.697,19 e R\$ 31.352.543,50, respectivamente.

d) A Unicard e a Unipart conferiram ao Hipercard BM a totalidade das cotas do capital da Conabinu e na Hipercard ACC, respectivamente, transferindo o ágio registrado nas empresas Unicard e Unipart para a Hipercard BM.

e) A Hipercard BM incorporou as empresas Conabinu e Hipercard ACC, o que ensejou a transferência do ágio da Unicard e Unipart para o contribuinte.

[...]

Este tem sido o entendimento da CSRF, que exige a presença do investidor original na operação de incorporação e o encontro do investimento com o ágio no mesmo patrimônio, requisitos que não se amoldam à hipótese dos autos, como relatado pela autoridade fiscal:

No caso sob análise:

- 1) a criação da Conabinu;
- 2) a utilização desta empresa na aquisição do controle acionário da Hipercard ACC;
- 3) a incorporação das empresas veículo e investida; e
- 4) a transferência do controle acionário para a fiscalizada (Hipercard BM) apenas fazem parte do enredo montado para, no final, tudo permanecer como antes, com a única diferença que, com este enredo, a fotografia claramente destaca o benefício fiscal planejado e intentado pelos adquirentes de fato (Unipart e Unicard), uma vez que, sem as etapas anteriormente descritas, ficariam impedidos de aproveitar, através de sua controlada (Hipercard BM), o ágio pago na aquisição da Hipercard ACC. (grifou-se)

O paradigma nº 9101-003.618 se distingue substancialmente do recorrido especialmente pela percepção de que, no caso ali analisado, *a transferência do controle acionário para a fiscalizada (Hipercard BM) apenas fazem parte do enredo montado para, no final, tudo permanecer como antes*, ao passo que no recorrido há uma primeira fase da aquisição da TRAFO na qual WEL figura como adquirente, distintamente da segunda fase em que recebe por transferência o ágio formado com a aquisição de outra parcela do capital de TRAFO por WEG, evidencia de que circunstâncias específicas estavam presentes para que a segunda fase da aquisição não fosse realizada diretamente por WEL.

Embora o Colegiado *a quo* tenha admitido a amortização fiscal do ágio transferido, assim o fez em circunstâncias fáticas distintas do verificado no paradigma, não sendo possível afirmar que o Colegiado que editou o paradigma aplicaria, aqui, a mesma premissa de que o ágio só pode ser deduzido por quem participou da operação original como investidor (real) ou investido, e desde que haja a “confusão patrimonial” entre os participantes da operação que gerou o ágio,

ou mesmo se descharacterizaria WEL como *investidor (real)*, diante das justificativas apresentadas pelo grupo empresarial.

Quanto ao paradigma nº 1302-000.834, sua ementa já evidencia que a objeção foi posta em face de *aquisição de participação societária de pessoa jurídica domiciliada no exterior*. A empresa nacional adquiriu ações de pessoas jurídicas interpostas para serem titulares do investimento a ser adquirido no exterior. E o ágio pago nesta aquisição foi transferido com os correspondentes investimentos para outra pessoa jurídica do grupo no Brasil, que incorporou aquelas pessoas jurídicas antes interpostas, passando a controlar o investimento estrangeiro e a amortizar o ágio pago por outra empresa do grupo.

A PGFN destaca, dentre outros, os seguintes excertos do paradigma:

Considerado o relato feito pela autoridade autuante, parece que a própria empresa CAMARGO CORRÊA S/A tinha conhecimento da impossibilidade, face a ausência de previsão legal, da transferência do ágio em questão, eis que, ao aportar as ações das empresas GABY 1, GABY 2 e GABY 3 na subscrição de capital feita na fiscalizada, o fez pelo valor “cheio”, ou seja, pela soma não segregada de valor de patrimônio líquido e ágio.

Apesar de concordar com a decisão de primeiro grau no sentido de que não restam configurados nos autos circunstâncias que indiquem a constituição de “empresa-veículo” no âmbito de um planejamento tributário, rejeito o argumento ali esposado de que a legislação fiscal não proíbe que a controladora repasse o controle de empresas adquirida com ágio efetivamente pago, à sua controlada, pelo valor total pago.

Não se trata, como parece crer a Turma Julgadora de primeiro grau, de vedação ao repasse de controle de empresas, mas, sim, de ausência de lei autorizadora de transferência de ágio por meio de subscrição de aumento de capital e de quitação de dívida.

Novamente fica evidente o distanciamento fático entre os casos comparados: a transferência no paradigma se deu em favor de uma controlada da real adquirente, ao passo que no recorrido a transferência se dá em face da adquirente do investimento na 1ª fase da aquisição.

A PGFN aponta que em ambos os paradigmas está consignado, *expressamente, a impossibilidade da empresa controladora repassar, por meio de reorganizações societárias, o controle de empresa adquirida com ágio efetivamente pago, à sua controlada, pelo valor total pago*, mas ambas as decisões negam efeitos a transferências ocorridas em circunstâncias que recorrentemente acontecem quando há algum óbice regulatório ou econômico à incorporação entre a investida e a investidora. Aqui, distintamente, a transferência se deu em favor de quem já figurara como adquirente em passo anterior da operação, a confirmar a existência de outras razões para a estrutura adotada na aquisição, que não teriam como ser, sequer, tangenciadas nos paradigmas.

Com estes esclarecimentos, o presente voto concorda como o do I. Relator em NEGAR CONHECIMENTO ao recurso especial da Fazenda Nacional.

Quanto ao recurso especial da Contribuinte, esta Relatora concorda com os fundamentos e conclusões do I. Relator para CONHECER e NEGAR PROVIMENTO ao recurso.

Assinado Digitalmente

Edeli Pereira Bessa