



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	10980.724947/2020-29
ACÓRDÃO	1302-007.303 – 1ª SEÇÃO/3ª CÂMARA/2ª TURMA ORDINÁRIA
SESSÃO DE	10 de dezembro de 2024
RECURSO	DE OFÍCIO E VOLUNTÁRIO
RECORRENTES	PORTONAVE S/A - TERMINAIS PORTUARIOS DE NAVEGANTES FAZENDA NACIONAL

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2017

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. ACUSAÇÃO DE ARTIFICIALIDADE E SIMULAÇÃO. INCORRÊNCIA.

Nos termos do art. 7º da Lei nº 9.532/1997, a pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, na qual detenha participação societária adquirida com ágio, pode amortizar, na apuração do lucro real, o valor do ágio cujo fundamento seja a expectativa de rentabilidade futura, à razão de sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração. Essa regra aplica-se também quando a empresa incorporada for aquela que detinha a propriedade da participação societária, conforme o art. 8º da Lei nº 9.532/1997.

A alegação de que há vício de vontade na implementação da reorganização societária do Grupo deve ser afastada, vez que restou demonstrado que o objetivo da Recorrente sempre foi colocar em prática as Políticas de Governança Corporativa do Grupo.

Assunto: Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL

Ano-calendário: 2017

CSLL. MESMOS ELEMENTOS FÁTICOS E JURÍDICOS. APLICAÇÃO DOS FUNDAMENTOS E CONCLUSÕES.

A ocorrência de eventos que representam, ao mesmo tempo, fatos geradores de vários tributos, implicam a obrigatoriedade de constituição dos respectivos créditos tributários. Versando sobre as mesmas ocorrências fáticas, aplica-se ao lançamento alusivo à CSLL o que restar decidido no lançamento do IRPJ.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar de aplicação do art. 24 da LINDB, e, no mérito, por maioria de votos, em dar provimento ao recurso voluntário, para cancelar as exigências relativas ao IRPJ e CSLL, nos termos do relatório e voto do relator, vencido o conselheiro Paulo Henrique Silva Figueiredo, que votou por negar provimento ao recurso voluntário. E, ainda, como consequência do provimento do recurso voluntário, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso de ofício.

Assinado Digitalmente

Henrique Nimer Chamas – Relator

Assinado Digitalmente

Paulo Henrique Silva Figueiredo – Presidente

Participaram da sessão de julgamento os julgadores: Marcelo Izaguirre da Silva, Henrique Nimer Chamas, Alberto Pinto Souza Junior, Miriam Costa Faccin, Natalia Uchoa Brandao, Paulo Henrique Silva Figueiredo.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário e de Ofício opostos em face do acórdão proferido pela 8ª Turma da DRJ01, que julgou procedente em parte a impugnação apresentada pela contribuinte e pelos responsáveis.

Em face da contribuinte, foram lavrados autos de infração de IRPJ e CSLL (fls. 2.446 a 2.484), relacionados aos anos-calendários de 2015, 2016 e 2017, capitulando as seguintes infrações:

- (i) exclusão indevida de ágio do lucro líquido do período na base de cálculo do IRPJ e da CSLL, com multa qualificada de 150%;
- (ii) multa isolada pela falta de recolhimento do IRPJ e CSLL sobre base de cálculo estimada.

Foi atribuída responsabilidade solidária à sociedade TPI - TRIUNFO PARTICIPACOES E INVESTIMENTOS S.A. e às pessoas físicas OSMARI DE CASTILHO RIBAS e RENE DUARTE E SILVA JUNIOR.

Compulsando o Termo de Verificação Fiscal (“**TVF**” – fls. 2.148 a 2.235), extraem-se os seguintes fatos narrados na acusação fiscal:

1.1. DO RESUMO GERAL

3. Resumidamente, a ação fiscal visou verificar a regularidade das apurações do IRPJ e da CSLL na PORTONAVE S/A no período de janeiro de 2015 a dezembro de 2017, e, especialmente verificar a regularidade do aproveitamento fiscal de ágio pela PORTONAVE S/A. O referido ágio foi gerado na compra de participação societária pela holding do Grupo Triunfo (Triunfo Participações e Investimentos S/A) na reestruturação societária desse grupo econômico (que abrangeu a fiscalizada e outras empresas interligadas, de acordo com o que fica descrito na seção 3.3.2.1. deste Relatório Fiscal), operações estas iniciadas no ano-calendário 2007 e que tinham como objeto participações societárias na PORTONAVE S/A.

4. Realizados os procedimentos fiscais, constatamos irregularidades condizentes com reduções das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL em razão de indevidas amortizações mensais de ágio gerado na aquisição de 33,33% da participação acionária na PORTONAVE S/A. Então, para descrever de forma bastante sintética o objeto da autuação, é necessário assinalar as seguintes constatações:

a) Que o lançamento tributário decorrente desta ação fiscal se faz em razão da verificação de ocorrências, no período compreendido nos anos-calendário 2015 a 2017, de indevidas reduções das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL por parte da fiscalizada, bem como das consequentes indevidas reduções e supressões de pagamento desses tributos no referido período;

b) Que as reduções das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL se fizeram sob a justificativa de cômputos de reduções das bases de cálculo tributárias referentes à apropriação de amortizações do ágio gerado, em junho de 2007, em razão de aquisição de participação societária indireta na fiscalizada pela Triunfo Participações e Investimentos S/A, por valor superior ao patrimonial.

c) Que, na ocasião da aquisição, o valor patrimonial da participação societária era de R\$ 22,326 milhões, sendo que a participação societária foi adquirida por R\$ 145,648 milhões. Portanto, na operação foi gerado um ágio total no valor de R\$ 123,322 milhões, cujo fundamento econômico era a expectativa de rentabilidade futura.

d) Que o suporte fático da geração do ágio se enquadra como uma variação da situação conhecida, em matéria de planejamentos tributários abusivos, como “amortização de ágio transferido”, isto é, um uma sociedade investidora (“investidora de fato”) aporta capital numa **empresa-veículo** (“investidor de direito”) que, em seguida, adquire participação societária em uma empresa-alvo(investida). Posteriormente a empresa-alvo incorpora a **empresa-veículo** e passa a amortizar o ágio gerado na aquisição de sua participação societária à razão de um sessenta avos ao mês. Nessa situação, de “amortização de ágio transferido”, não ocorre a hipótese de incidência da norma que autoriza a dedutibilidade da amortização do ágio, tendo em vista que não ocorre a confusão patrimonial entre os patrimônios do **investidor de fato** e da **investida** (empresa-alvo), condição esta indispensável para a adequação à norma.

e) Que a transferência escritural do ágio para o patrimônio da fiscalizada ocorreu no dia 30/09/2012, quando a fiscalizada incorporou as **empresas-veículos** encarregadas, na sequência de operações estruturadas, de lhe transferir o ágio. A partir de então tomaram lugar as amortizações mensais.

f) Que, consideradas as normas autorizadoras das deduções tributárias das amortizações do ágio, verificamos que o suporte fático do caso não se enquadra nos **aspectos pessoal e material** da hipótese de incidência. Sobre isso, além de ordinariamente informarmos as razões da infração às normas tributárias de regência, fundamentamos nosso entendimento com a apresentação de diversos julgados precedentes sobre a matéria ocorridos na Câmara Superior de Recursos Fiscais – CSRF, que, ao se defrontar com situações similares à do presente caso, tem reiteradamente decidido no mesmo sentido desta autuação.

(...)

3. DAS INFRAÇÕES RELATIVAS AO INDEVIDO APROVEITAMENTO DO ÁGIO (PAF Nº 10980-724.947/2020-29)

3.1. DO RESUMO

(...)

54. Particularizando, como já mencionamos, as infrações foram cometidas no contexto de uma prática de planejamento tributário abusivo conhecida como “amortização de ágio transferido”, realizada de acordo com uma sequência de operações estruturadas. Essa sequência de operações estruturadas envolveu, principalmente, quatro pessoas jurídicas: a) A “investidora de fato”, no caso, a Triunfo Participações e Investimentos S/A; três empresas-veículos, no caso, a Maris Gaudim Empreendimentos e Participações S/A, a PNP Participações Ltda e a TPI LOG S/A (“investidoras de direito”); e c) a investida, no caso, a PORTONAVE S/A (“empresa-alvo”).

55. De acordo com o planejado para a sequência de operações estruturadas em questão, os recursos reunidos pela “investidora de fato” pagaram a compra de participação acionária indireta na PORTONAVE S/A em junho de 2007. Além do montante referente ao valor patrimonial das ações, a “investidora de fato” pagou um montante a mais correspondente a um ágio – sobrevalor pago pela participação acionária equivalente à diferença entre o valor total pago e o valor patrimonial das ações em questão.

56. Uma vez adquirida a participação societária nessas condições, decorrido o prazo previsto no planejamento da sequência de operações estruturadas, as empresas do grupo sob a liderança da “investidora de fato”, entre julho de 2008 e setembro de 2012, realizaram uma sequência de operações com vistas a transferir o ágio contabilizado para a “empresa-alvo”, até que, ao fim desse período, em 30 de setembro de 2012, a “empresa-alvo” incorporou as “empresas-veículos” e a partir de então passou a amortizar o mencionado ágio alegando amparo legal

para esta prática nos arts. 385 e 386 do Decreto Lei nº 3.000/99 (base legal: arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97).

57. Contudo, conforme demonstraremos ao longo do presente Relatório Fiscal, o suporte fático, consubstanciado pela efetivação da sequência de operações estruturadas na forma planejada acima descrita, não se subsome na hipótese de incidência de dedutibilidade prevista nos dispositivos legais mencionados.

58. A hipótese de incidência de dedutibilidade aplica-se, no seu aspecto pessoal, à “investidora de fato” quando incorpora/funde o seu patrimônio ou tem o seu patrimônio incorporado/fundido ao patrimônio da investida: o que efetivamente não ocorreu no presente caso. No aspecto material, a possibilidade de amortização se dá, a partir da confusão patrimonial entre os patrimônios da “investidora de fato” e da investida, pelo reconhecimento da “perda”, no patrimônio comum (confundido) recém-formado, do investimento realizado pela “investidora de fato”: isto também não ocorreu, uma vez que os patrimônios da “investidora de fato” e da investida sequer chegaram a se confundir.

59. Na descrição do suporte fático baseado numa sequência de operações estruturadas como a em questão, é de fundamental importância a rigorosa caracterização das empresas-veículos, cujo emprego nas estruturas das organizações societária acabam gerando artificialidades nas relações entre as empresas dos grupos, bem assim consequências contábeis também artificiais. Por isso, na narração fática procedida na presente autuação, a descrição dos atos referentes às empresas-veículos, destacando as suas presenças nos vários momentos da sequência estruturada de operações, teve um tratamento mais detalhado.

60. Este é um resumo das linhas gerais da discussão constante no presente capítulo. Em tese, o planejamento tributário abusivo em tela é relativamente simples, mas a complexidade aumenta quando é levado em conta o fato de mesmo num planejamento tributário simples como este várias empresas serem envolvidas e trazerem, para a instrução razoável do processo, um conjunto considerável de documentos.

(...)

3.3. DOS FATOS E DAS PROVAS RELATIVAS À INDEVIDA AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO

3.3.2. DA DESCRIÇÃO DOS FATOS RELATIVOS À GERAÇÃO E TRANSMISSÃO DO ÁGIO - ANÁLISE DOS ASPECTOS PESSOAL E MATERIAL DA HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA

3.3.2.1. DAS INFORMAÇÕES GERAIS SOBRE AS PARTES E SOBRE O ÁGIO

89. Os fatos descritos a seguir baseiam-se, principalmente, nas informações trazidas nº “Contrato de Compra e Venda das Ações da Empresa Maris Gaudium”, datado de 05/06/2007, nº “Contrato de Compra e Venda de Quotas de Emissão de PNP Participações Ltda., aparelhada com ativos relacionados com Portonave

S/A – Terminais Portuários de Navegantes e Outras Avenças”, com data de 15/06/2007, no “Acordo de Acionistas da Portonave S/A – Terminais Portuários de Navegantes”, de 24/08/2005, nos atos e nos livros societários da fiscalizada e das demais pessoas jurídicas envolvidas na geração e transmissão do ágio, bem como nas suas demonstrações financeiras.

90. Essas operações tinham como partes, de um lado, como compradora, a Triunfo Participações e Investimentos S/A (doravante chamada apenas de TPI S/A – holding controladora do Grupo Triunfo), CNPJ nº 03.014.553/0001-91, que adquiriu participação societária indireta de 33,33% das ações da PORTONAVE S/A, comprando essas ações das suas holdings e, de outro lado, dois grupos de possuidores das participações societárias nas holdings da PORTONAVE S/A (Grupo Ivaí e Grupo Leão). Então, é preciso ter em mente que o ágio em questão foi gerado em duas compras de participações societárias, ocorridas em 05/06/2007 e 15/06/2007, compras essas que foram definitivamente ratificadas pela compradora na AGE da TPI S/A de 02/07/2007 (fls. 1233 a 1235).

91. É preciso ter em mente que essas operações ocorreram entre os três únicos acionistas detentores das ações nominativas ordinárias de Classe B da PORTONAVE S/A. Conforme pode ser verificado no Livro de Registro de Ações Nominativas daquela empresa (e-fls. 632, 635 e 637), em junho de 2007 a distribuição das participações societárias dessa empresa era a seguinte:

(...)

92. Portanto, cada um desses dois grupos de pessoas vendedoras possuía, indiretamente, por meio de duas pessoas jurídicas controladas, 16,66% (dezesseis inteiros e sessenta e seis centésimos por cento) da participação societária na PORTONAVE S/A. Ou seja, o Grupo Leão controlava sua parcela de participação societária na PORTONAVE S/A por meio da Maris Gaudium Empreendimentos e Participações S/A (doravante chamada apenas de MG S/A), CNPJ nº 07.524.126/0001-04 e, o Grupo Ivaí efetuava o mesmo tipo de controle por meio da PNP Participações Ltda (doravante chamada apenas de PNP/Startport), CNPJ nº 08.928.535/0001-39. Essas participações indiretas foram adquiridas pela TPI S/A de acordo com a descrição constante nos parágrafos seguintes.

93. O ágio gerado na aquisição dessas participações societárias foi transferido, por três vezes, a pessoas distintas do investidor original, até que, a partir de outubro de 2012, passou a ser(indevidamente) amortizado pela PORTONAVE S/A em 60 (sessenta) parcelas mensais.

94. Cinco pessoas jurídicas tomaram parte desses fatos como protagonistas, por isso, inicialmente, é importante conhecer as suas denominações (e apelidos utilizados no presente Relatório Fiscal), suas características e suas funções nas operações societária que se seguiram - o que pode tornar mais fácil a compreensão da descrição dos acontecimentos referentes à presente autuação. No Quadro a seguir apresentamos essas informações.

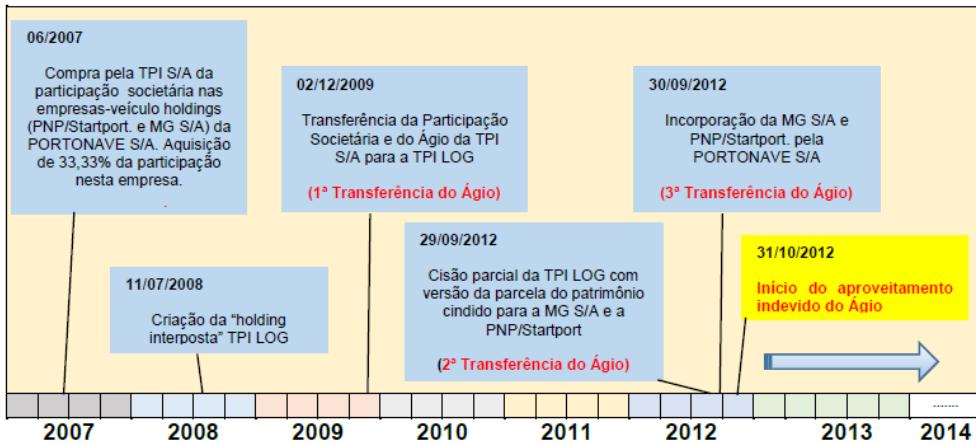
	Função: Investidora de Fato Denominação Social: TRIUNFO PARTICIPAÇÕES E INVESTIMENTOS S/A Apelido neste Relatório Fiscal: TPI S/A CNPJ: 03.014.553/0001-91 Data da Constituição: 21/01/1999 Forma de Tributação: <u>Lucro Real</u> (Durante todo o período analisado: 2007 a 2017)
	Função: Empresa-Veículo Denominação Social: PNP PARTICIPAÇÕES LTDA Alteração da denominação social: Startport Participações Ltda (07/03/2008) Apelido neste Relatório Fiscal: PNP/Startport CNPJ: 08.928.535/0001-39 Data da Constituição: 31/05/2007 Data da Extinção: 30/09/2012 Forma de Tributação: <u>Lucro Presumido</u> (Durante toda a sua existência (2007 a 2012))
	Função: Empresa-Veículo Denominação Social: MARIS GAUDIUM EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES S/A Apelido neste Relatório Fiscal: MG S/A CNPJ: 07.524.126/0001-04 Data da Constituição: 04/08/2005 Data da Extinção: 30/09/2012 Forma de Tributação: <u>Lucro Presumido</u> (Durante toda a sua existência, de 2006 a 2012)
	Função: Holding Interposta – Empresa Veículo Denominação Social: TPI LOG S/A CNPJ: 10.228.616/0001-78 Data da Constituição: 11/07/2008 Forma de Tributação: <u>Lucro Presumido</u> (Durante todo o período em que participou das operações, de 2008 a 2012)
	Função: Empresa Alvo – Investida – Fiscalizada Denominação Social: PORTONAVE S/A – TERMINAIS PORTUÁRIOS DE NAVEGANTES CNPJ: 01.335.341/0001-80 Data da Constituição: 15/07/1996 Forma de Tributação: <u>Lucro Real</u> (Durante todo o período analisado: 2007 a 2017)

95. Por enquanto, basta antecipar, com base nos documentos trazidos pelos interessados neste procedimento fiscal, que o valor do ágio em questão (originalmente R\$ 123,322 milhões), contabilizado pela aquisição da participação indireta de 33,33 % da PORTONAVE S/A, foi pago, parte em junho de 2007 e parte em períodos posteriores, conforme disposições dos contratos de compra e venda e seus aditivos.

96. Assim, a participação societária nas duas empresas-veículos, que tinha naquele momento, o valor patrimonial de R\$ 22.326 mil, foi vendida à TPI S/A por R\$ 145.648 mil. A apropriação contábil dessa operação foi realizada pela pessoa jurídica adquirente (investidora de fato: TPI S/A) na forma descrita no Quadro 5.

(...)

99. Neste passo - ainda apresentando elementos de conteúdo geral -, Informadas as principais funções e características gerais das partes envolvidas nas operações societárias objeto do presente Relatório Fiscal e, bem assim, informado o conteúdo do ágio em questão, torna-se importante esclarecer alguns marcos temporais das operações societárias sob análise, o que fazemos apresentando o Quadro ilustrativo a seguir.



100. De acordo com o que já foi mencionado, o histórico de fatos em torno das operações de geração e transmissão do ágio ocorreu entre junho de 2007 e 30/09/2012. Para efeito do presente Relatório Fiscal, destacamos seis momentos importantes:

1º MOMENTO: 06/2007 - Geração do ágio – Compra de 33,33% da participação societária indireta na PORTONAVE S/A pela TPI S/A, mediante aquisição do controle societário integral das empresas-veículos MG S/A e PNP/Startport.;

2º MOMENTO: 11/07/2008 – Constituição da Holding Interposta - Constituição da TPI LOG: uma holding interposta com a função de empresa-veículo.

3º MOMENTO: 02/12/2009 – 1ª Transferência do Ágio – Transferência da participação societária e do ágio da TPI S/A para a TPI LOG.

4º MOMENTO: 29/09/2012 – 2ª Transferência do Ágio – Cisão da TPI LOG com versão(transferência) das participações societárias e dos ágios para a MG S/A e PNP/Startport.

5º MOMENTO: 30/09/2012 – 3ª Transferência do Ágio – Incorporação da MG S/A e da PNP/Startport pela fiscalizada com a transferência final do ágio.

6º MOMENTO: A partir de 31/10/2012 – Aproveitamento Tributário do Ágio.

Sobre o “**1º Momento**”, a autoridade fiscal, ao analisar os documentos da operação societária, classifica as sociedades: como investidora a TPI S/A, empresas-veículos a MG S/A e a PNP/Starport e a investida PORTONAVE S/A.

Com relação à compra indireta das ações da PORTONAVE S/A celebrada com a MG S/A entendeu que esta seria empresa-veículo, pois (i) seria dispensável na operação de compra e venda, já que o bem alienado eram as participações societárias por força do direito de preferência do Acordo de Acionistas; (ii) não dispunha a MG S/A de outro ativo senão a participação societária alienada; (iii) o *laudo de avaliação* de 30/05/2007 estava calcado na atividade da PORTONAVE S/A; (iv) os pagamentos foram realizados (parte em moeda e parte em compensação de créditos) com recursos da TPI S/A; e (v) entre os anos de 2007 a 2012 (incorporação), a MG S/A optou pelo lucro presumido, sendo não obrigatória a adoção da ECD e dos ajustes no FCont, deixando de informar

ao fisco, tempestivamente e nos controles contábeis e fiscais próprios, a manutenção dos supostos direitos à amortização do ágio.

Com relação à compra indireta das ações da PORTONAVE S/A celebrada com a PNP/Startport entendeu que esta seria empresa-veículo, pois (i) a PNP/Startport foi constituída 15 dias antes da venda para receber as ações da PORTONAVE S/A, isto é, foi criada como um requisito para a transferência da participação societária da PORTONAVE S/A à TPI S/A; (ii) a dispensabilidade da PNP/Startport para a operação de compra e venda; (iii) o fato de a PNP/Startport contar, em seu ativo, apenas com R\$ 12,00 (doze reais) além do valor da participação societária na investida; (iv) o *laudo de avaliação* de 18/09/2007 estava calcado na atividade da PORTONAVE S/A; (v) as informações sobre o pagamento relativo à compra de participação societária indireta na PORTONAVE S/A, porque indicam a posição de investidora de fato da TPI S/A e o papel dispensável, de mera empresa-veículo, da PNP/Startport; e (vi) entre os anos de 2007 a 2012 (incorporação), a PNP/Startport optou pelo lucro presumido, sendo não obrigatória a adoção da ECD e dos ajustes no FCont, deixando de informar ao fisco, tempestivamente e nos controles contábeis e fiscais próprios, a manutenção dos supostos direitos à amortização do ágio.

No “**2º Momento**”, destaca:

139. A constituição da holding interposta TPI LOG, é considerado o “segundo momento” na estruturação desse conjunto de operações que têm como finalidade o indevido aproveitamento do ágio gerado. A TPI LOG é uma pessoa jurídica que no “terceiro momento” vai receber a transferência do ágio gerado. A importância desse momento se deve ao fato de que, com a inclusão da TPI LOG na estrutura societária do Grupo Triunfo, se completa o rol de pessoas jurídicas envolvidas nas operações estruturadas em sequência base da infração tributária ora discutida.

140. Esta pessoa jurídica foi constituída, em 11/07/2008, sob a denominação social de “Fenícia Participações e Investimentos S/A”, conforme informação presente na “Ata de Assembleia Geral de Constituição de Sociedade Anônima – Fenícia Participações e Investimentos S/A” (e-fls. 2053 a 2098). (...)

142. Ao longo do ano de 2008, a atividade dessa sociedade foi praticamente nula, conforme informa o balancete de verificação de 11/07/2008 a 31/12/2008 (e-fls. 2142 a 2147), anexo à Ata da AGO de 15/04/2009. Isto é, o balancete demonstra apenas o registro de despesas com photocópias e prestação de serviços por terceiros, no valor total de R\$ 37.127,28, o que foi financiado por adiantamentos para futuro aumento de capital realizados pela TPI S/A.

143. As informações constantes nas Demonstrações Financeiras da TPI S/A, de dezembro de 2008 e 2007 (e-fls. 1603 a 1689), dão conta de que a previsão inicial da atuação da TPI LOG (então, Fenícia Participações e Investimentos S/A) era atuar no setor de “Energia e Outros”, conforme item 4.c das Notas Explicativas.

(....)

144. Aparentemente, o específico objetivo de ser uma sociedade holding da participação societária na PORTONAVE S/A começou a ser definido em novembro de 2009, quando, na AGE de 11/11/2009 (e-fl. 2101) a denominação social dessa companhia foi alterada de “Fenícia Participações e Investimentos S/A” para TPI LOG S/A.

146. Da mesma forma que informamos sobre a MG S/A e sobre a PNP/Startport, um aspecto importante e contraditório na formatação definida pelo Grupo Triunfo à TPI LOG é a opção da empresa pela forma de tributação do Lucro Presumido. É que a empresa, sendo uma holding interposta utilizada para supostamente efetuar a transferência do ágio, optou, ao longo de todo o período no qual “carregou” a participação societária nas holdings da PORTONAVE S/A8, de dezembro de 2009 a setembro de 2012, pela forma de tributação do Lucro Presumido. Esta opção implicou a não obrigatoriedade da adoção da Escrituração Contábil Digital (ECD), a não obrigatoriedade de realizar os ajustes no Controle Fiscal Contábil de Transição (FCont) - conforme pode ser constatado na leitura das consultas aos sistemas Portal IRPJ e ReceitanetBX anexos (e-fls. 2136 a 2141) -, e, é claro, também, que a opção pelo Lucro Presumido isentou a empresa de realizar a escrituração do Lalur e do Lacs.

No “3º Momento” ocorreu a primeira transferência de ágio:

148. Em 02/12/2009, ocorre o “3º momento”, em que o ágio é formalmente transferido pela primeira vez, da TPI S/A para a sua controlada TPI LOG. Essa transferência teve como causa a subscrição e integralização de novas ações pela TPI S/A na TPI LOG, uma vez que a integralização das referidas novas ações se deu mediante conferência à TPI LOG da totalidade das participações societárias detidas pela TPI S/A no capital social da MG S/A, da PNP/Startport, de uma terceira companhia, Santa Rita S/A – Terminais Portuários9 (doravante, apenas Santa Rita S/A), e da PORTONAVE S/A.

149. Então, em 02/12/2009, de acordo com a Ata de AGE da TPI LOG (e-fls.2104 a 2107), ocorreu o aumento do capital dessa companhia de R\$ 1.000,00 para R\$ 118.909.891,76, totalmente subscrito e integralizado pela TPI S/A. Em decorrência desse aumento de capital, foram emitidas 118.908.891 ações ordinárias nominativas e sem valor nominal, ao preço de emissão total de R\$ 189.457.432,27. Do valor total da subscrição, o montante de R\$ 70.548.540,51 foi destinado à reserva de capital.

150. Nesse contexto, é importante frisar que esta operação não se circunscreveu apenas à transferência da titularidade das ações da MG S/A e da PNP/Startport para a TPI LOG, mas também englobou transferência de ações de outra companhia - da Santa Rita S/A - e da própria PORTONAVE S/A. Essa situação fica totalmente caracterizada na Ata da AGE da TPI LOG de 02/12/2009, no Boletim de Subscrição e no “Laudo de Avaliação do Acervo Líquido dos Ativos Formado por Determinados Ativos Apurados por Meio dos Livros Contábeis, em 31/10/2009, da TPI – Triunfo Participações e Investimentos S/A” (e-fls. 2107 a 2110).

151. Conforme podemos observar do recorte do ANEXO I (adiante, na Figura 9), os investimentos e intangíveis referentes às participações societárias na MG S/A e na PNP/Startport foram apenas parte dos ativos aportados na TPI LOG. Em termos monetários, dos R\$ 189,4 milhões envolvidos, eles representaram R\$ 131,9 milhões; os outros 57,4 milhões dizem respeito aos outros ativos.

(...)

152. Para se compreender de forma sintética os objetos sociais relacionados ao acervo líquido transmitido à TPI LOG basta ter em mente que a TPI S/A nesta operação transferiu à TPI LOG a sua participação direta e indireta de 50% na PORTONAVE S/A (Porto de Navegantes / SC), mais a participação de 88% na TPB - Terminal Portuário Brites Ltda (Porto de Santos / SP), que naquele momento era proprietária da área e desenvolvia projeto para o estabelecimento do referido Terminal Portuário Brites.

153. Retomando, o que importa para os efeitos da presente autuação é o ágio gerado na aquisição dos 33,33% da participação na PORTONAVE S/A. Por isso, devemos, acerca desta operação entre TPI S/A e TPI LOG, estabelecer o foco sobre as transferências das participações societárias na MG S/A e na PNP/Startport, esquecendo dos demais ativos dados em conferência, isto é, devemos esquecer dos 16,66% da participação direta da TPI S/A na PORTONAVE S/A e dos 88% da participação da TPI S/A na Santa Rita S/A.

(...)

158. Os recortes dessas Notas Explicativas (Figura 8) também descrevem, muito claramente, a definição da condição da TPI LOG como holding interposta na cadeia de participações societárias entre a TPI S/A e a PORTONAVE S/A quando informam que “em 12 de dezembro de 2009, a Triunfo transferiu seus investimentos na Portonave, Santa Rita, Startport e Maris Gaudium, juntamente com os montantes de R\$ 85.728 e R\$21.163 referentes ao saldo do ágio não amortizado pago na aquisição das controladas Startport e Maris Gaudium, para a TPI-Log, (...”).

(...)

160. Todavia, a análise comparativa da referida Nota Explicativa “12.b”, juntamente com a “Ficha 09-A – Demonstração do Lucro Real – PJ em Geral” da DIPJ 2009 (ano-calendário 2008) da TPI S/A, revela a prática contábil-fiscal da empresa que, apesar de amortizar o ágio para efeitos societários, efetuava ajustes tributários de adições às bases de cálculo do IRPJ e da CSLL com vistas a eliminar os efeitos tributários dessas amortizações. Essas demonstrações indicam que o valor das despesas amortizadas relativamente ao ágio por expectativa de rentabilidades futuras (R\$ 22.334 mil, conforme discriminado no quadro da referida Nota Explicativa “12.b”), era ajustado (adicionado) nos cálculos do Lucro Real e da Base de Cálculo da CSLL.

A segunda transferência de ágio, substanciada no “**4º Momento**”, assim se estruturou:

163. Em 29/09/2012 ocorre o 4º Momento da sequência estruturada de operações com vistas ao indevido aproveitamento do ágio. De fato, os registros formalizados do processo decisório que culminou com a operação sucedida nesta data são marcados por quatro documentos principalmente;

(...)

166. O conteúdo deliberativo aprovado consistia na autorização da realização de três conjuntos de operações que visavam proceder a “Reorganização Societária” do braço do Grupo Triunfo ligado à PORTONAVE S/A. O primeiro conjunto de operações tinha por base a cisão da TPI LOG com versão do acervo cindido para MG S/A e para a PNP/Startport. O segundo conjunto de operações correspondia à incorporação da MG S/A e da PNP/Startport pela PORTONAVE S/A. E, finalmente, o terceiro conjunto de operações constava da conferência à TPI LOG da participação societária direta da TPI S/A na PORTONAVE S/A.

167. Merece destaque o fato de os acionistas fazerem questão de consignar, como justificativa das suas deliberações, sua ocasional e recém-adquirida preocupação com a minimização de custos operacionais, financeiros e administrativos com a manutenção de sociedades de participações e investimentos. Surpreendente essa mudança de compreensão, pois, dada a quantidade de sociedades com características de empresas-veículo envolvidas nas operações concernentes à geração e transmissão desses ágios, aparentemente, até aquele momento, manter e gerenciar um grande número de empresas de participação em investimento nunca tinha parecido ser custoso ou ter sido um problema para o Grupo Triunfo.

(...)

170. Realizadas essas operações, as participações societárias detidas até então pela TPI LOG nas beneficiárias foram atribuídas à TPI S/A.

172. Realizada a cisão com versão do patrimônio cindido na forma como temos descrito, a situação da estrutura societária do Grupo Triunfo em relação à participação de 33,33% na PORTONAVE S/A e em relação aos ágios em discussão pode ser ilustrada de acordo com o Grafo a seguir.



No “**5º Momento**”, ocorre a terceira transferência do ágio também decorrente das deliberações emanadas da AGE do momento anterior, são incorporadas as duas *empresas-veículo* pela contribuinte (MG S/A e PNP/Startport). A autoridade fiscal questiona a justificativa contraditória das incorporações (maximizar sinergias, minimizar os custos operacionais, financeiros, administrativos e tributários relacionados ao exercício de suas atividades); a destinação do acervo líquido das sociedades incorporadas não implica a confusão patrimonial entre os patrimônios da TPI S/A e da PORTONAVE S/A (vide item 178 do TVF, fl. 2.214); o não cumprimento dos requisitos para surgir o direito subjetivo à amortização do ágio (denominado aspecto material).

Enfim, no “**6º Momento**” se inicia o aproveitamento do ágio.

Ante às constatações contidas no TVF, as acusações fiscais podem ser summarizadas na impossibilidade de amortização do ágio, em razão de ter ocorrido sua transferência, não ocorrendo a confusão patrimonial entre a investidora de fato e a investida. Assim resume a autoridade fiscal:

186. Quando fizemos a análise da base normativa incidente sobre os fatos em questão, informamos que um ponto considerado crucial para o aproveitamento do ágio e para as correspondentes reduções tributárias (via amortizações mensais das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL) é a fusão, num mesmo patrimônio (“confusão patrimonial”), dos “direitos gerados pela efetiva aplicação de capital com vistas à expectativa de lucros futuros” e dos “lucros futuros efetivados”. A inocorrência dessa “confusão patrimonial” impede o reconhecimento da subsunção do suporte fático considerado à hipótese de incidência prevista nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, pois, sem essa “confusão patrimonial”, não se cumprem (pelo menos) dois aspectos fundamentais da hipótese de incidência, a dizer, os aspectos pessoal e material.

187. No caso objeto da presente autuação, essa confusão entre o patrimônio da investidora de fato e o da investida (considerada condição de subsunção do suporte fático à hipótese de incidência da norma) simplesmente não aconteceu. Nesse sentido, ficou evidenciado que após as incorporações da MG S/A e da PNP/Startport pela PORTONAVE S/A, a investidora de fato (TPI S/A), por não ter participado das incorporações em questão, manteve escrituração distinta do seu patrimônio, com o correspondente registro, em conta de ativo não-circulante (no caso, Permanente / Investimentos), do valor destinado ao investimento na fiscalizada (vide subseção 3.3.2.6, especialmente Figura 17).

188. Entretanto, a conclusão de que não houve a “confusão patrimonial” entre os patrimônios da investida e da investidora, na forma prevista na norma, pressupõe a clara definição do significado da expressão “investidora”. A definição desse significado foi trazida nos vários precedentes arrolados nº subcapítulo 3.2 deste Relatório Fiscal (precedentes indicados no período 2016 a 2020), destacados entre numerosas decisões com o mesmo entendimento. Esses precedentes, atribuem concretude ao significado da expressão jurídica “investidora” e, com isso, imputam certeza na aplicação da norma em questão. Os ditos precedentes consolidaram o entendimento de que a “investidora” a que a norma se refere não é a “empresa-veículo-do-investimento”, ou a “holding intermediária”, ou, ainda, a “holding interposta” (consideradas como “investidoras de direito”), mas, sim é, a “investidora de fato”, isto é, a pessoa ou ente que “efetivamente acreditou na mais-valia do investimento, que fez os estudos de rentabilidade futura, que decidiu pela aquisição e que desembolsou originariamente os recursos” para a aquisição.

189. Por isso, na presente autuação efetuamos a análise dos papéis representados por cada ente ou pessoa envolvida nos fatos relacionados ao ágio, sendo que concluímos que a investidora de fato foi pessoa distinta das incorporadas pela PORTONAVE S/A, em 30/09/2012, ou seja, a investidora de fato foi a TPI S/A, e, de forma alguma poderiam se enquadrar como tal a MG S/A e/ou a PNP/Startport.

(...)

192. Nessa estrutura, a condição da TPI S/A como investidora de fato pode ser totalmente confirmada:

- Pelo comprometimento volitivo e decisório da TPI S/A com a aquisição do controle acionário da PORTONAVE S/A. O que pode ser deduzido, inequivocamente, a partir da compreensão de que as operações geradoras do ágio decorreram de relações estabelecidas entre os controladores de participações societárias da PORTONAVE S/A para que a TPI S/A(Grupo Triunfo) adquirisse, de dois outros grupos de sócios (Grupo Ivaí e Grupo Leão) 33,33% da participação acionária na PORTONAVE S/A, de sorte que ao final fosse detentora do controle de 50% da participação societária na investida e de 100% das ações ordinárias nominativas que compunham o chamado “Bloco B” das ações daquela companhia. Em

razão de serem operações que vinculavam apenas e tão-somente ex-detentores de participações societárias, essas operações inclusive atenderam toda a disciplina determinada na “Cláusula Sexta – Das Transferências e Subscrições de Ações” do multirreferido Acordo de Acionistas da PORTONAVE S/A.

- Pela aceitação da TPI S/A em arcar exclusivamente com todo o ônus do pagamento do ágio (sobrevalor apurado na avaliação pelo critério da rentabilidade futura). O que já fora estabelecido como procedimento a ser adotado entre os acionistas detentores de participação societária na investida, pela inclusão da “Cláusula Sexta” do Acordo de Acionistas da PORTONAVE S/A, em agosto de 2005, procedimento que se confirmou com a aquiescência da TPI S/A diante de tal condição nos contratos de compra e venda de participações societária firmados em junho de 2007;
- Pela reunião e desembolso, por parte da TPI S/A, dos recursos necessários ao investimento na aquisição de participações societárias na PORTONAVE S/A. O que é comprovado mediante um conjunto de documentos, entre os quais a escrituração contábil da investidora.

193. De outro lado, nessa estrutura, as condições da MG S/A, da PNP/Startport e da TPI LOG como empresas-veículos ficaram igualmente confirmadas:

- Pela ausência, na MG S/A, na PNP/Startport Ltda e na TPI LOG, das condições, acima relacionadas, presentes na atuação da TPI S/A. isto é, não foram essas empresas-veículos quem acreditou na mais-valia, quem decidiu pelo investimento, quem gerou ou reuniu os recursos e quem os desembolsou para a aquisição do investimento na PORTONAVE S/A;
- Pela constatação de que as empresas-veículos não geraram nem reuniram os recursos aplicados no pagamento do ágio. Toda a documentação relativa a essas empresas informa que estas pessoas jurídicas foram criadas ou adquiridas com propósitos específicos de gerenciar frações dos investimentos detidos pela TPI S/A. Todas essas empresas, constituídas ou adquiridas pelo Grupo Triunfo, sempre estiveram na condição de controladas ou subsidiárias integrais da TPI S/A atuando como unidades de gestão do seu patrimônio;
- Pelas funções dessas empresas-veículos nos “três momentos de transmissão do ágio”. O que pode ser comprovado, nos casos da MG S/A e da PNP/Startport, entre outras coisas, pelos fatos que marcaram a trajetória de suas “vidas” no interior do Grupo Triunfo. Isto é, os fatos marcantes de sua existência no interior do Grupo: a sua aquisição pela TPI S/A em junho de 2007, por ocasião geração do ágio, e a sua extinção por incorporação em 30/09/2012, por ocasião da transferência definitiva do ágio com o fim de aproveitamento fiscal. De forma semelhante, no caso da TPI LOG, a vida dessa empresa no interior do Grupo Triunfo foi

marcada pelas operações de transmissão dos ágios em questão realizadas na sequência estruturada de operações sob comento: esta empresa se tornou relevante para o Grupo quando, em dezembro de 2009, teve seu capital social aumentado pela subscrição e integralização de capital pela TPI S/A, mediante conferência da totalidade da participação societária na MG S/A e PNP/Startport, passando então a carregar o investimento em questão, bem como, realizou a cisão do seu patrimônio apenas um dia antes da transferência definitiva do ágio à PORTONAVE S/A.

194. Estando assim caracterizadas as pessoas envolvidas nas operações relativas à geração e transmissão de ágio na aquisição de investimento na PORTONAVE S/A e, considerando que a incorporação ocorreu de sorte a vincular esta pessoa jurídica, na qualidade incorporadora, e a MG S/A e a PNP/Startport, na qualidade de incorporadas, sobressai a situação de que os ditos eventos de incorporação ocorreram sem a presença do investidor de fato, a TPI S/A.

195. De acordo com o que tem sido apresentado sobre a acepção do dispositivo normativo que rege as condições para o aproveitamento tributário do ágio, o fato de a MG S/A e a PNP/Startport terem parcelas de patrimônio vertidas indiretamente da TPI S/A não lhes confere, em nenhum momento, a condição de investidoras de fato nas operações em questão. Sem que essa condição se realize, não se efetivam os aspectos pessoal e material da hipótese de incidência de dedutibilidade posto que, no tocante ao aspecto pessoal, a norma se dirige ao adquirente de participação societária, ao investidor, e não à empresa-veículo.

196. No tocante ao aspecto material, a norma se dirige a amparar a situação de “confusão patrimonial” entre investida e investidora e a consequente extinção do investimento, garantindo a possibilidade de amortização fiscal dessa “perda”, o que, no caso, simplesmente não aconteceu.

Entendeu ser o caso de aplicação da multa qualificada, por ter ocorrido a prática de sonegação e conluio (fls. 2.222 a 2.226), bem como arrolou como responsáveis solidários: a TPI – TRIUNFO PARTICIPAÇÕES E INVESTIMENTOS S/A, com fundamento no artigo 124, inciso I, do CTN, além de outras disposições da Lei nº 6.404/1976 e do Parecer Normativo Cosit/RFB nº 4/2018; Osmari de Castilho Ribas e Renê Duarte e Silva Júnior, com fulcro no artigo 135, inciso III, do CTN.

Devidamente intimados, apresentaram suas impugnações:

- (i) OSMARI DE CASTILHO RIBAS (fls. 2.521 a 2.571);
- (ii) RENÊ DUARTE E SILVA JUNIOR (fls. 2.586 a 2.636);
- (iii) PORTONAVE S.A. – TERMINAIS PORTUÁRIOS DE NAVEGANTES (fls. 2.668 a 2.741); e
- (iv) TPI – Triunfo Participações e Investimentos S.A. (fls. 2.744 a 2.791).

Os responsáveis solidários pessoas físicas sustentam, preliminarmente, a nulidade do lançamento no que tange à responsabilização, por ausência de fundamentação a fim de indicar a conduta dolosa por eles praticadas. No mérito, sustentam a inaplicabilidade da hipótese de responsabilidade prevista no artigo 135, inciso III, do CTN; a legitimidade das operações societárias que levaram à amortização do ágio; e a impossibilidade de aplicação de multa qualificada, ante à divergência interpretativa e ausência de conduta dolosa.

A contribuinte aduz sobre o contexto negocial das aquisições da MG e da PNP e registro do ágio Portonave; discorre sobre a contribuição do investimento na MG e PNP para a TPI LOG e atos posteriores, qual seja a contabilização do Ágio Portonave pela TPI LOG com a baixa dos investimentos pela TPI; sustenta o atendimento de todos os requisitos legais para a amortização do ágio, refutando as alegações de transferência do ágio e a caracterização da MG, PNP e TPI-LOG como empresas-veículo; a aplicação do artigo 24 da LINDB, ante ao cenário jurisprudencial à época da lavratura dos fatos; a inexistência de disposição legal que imponha a vedação da dedução do ágio da CSLL; o descabimento da multa qualificada; a impossibilidade de cobrança de multa isolada após o encerramento dos anos-calendário de 2015, 2016 e 2017; a abusividade da exigência concomitante de multa isolada e de ofício; a decadência da multa isolada relativa aos meses de janeiro a maio de 2015; e a inaplicabilidade dos juros sobre multa.

A TPI – Triunfo Participações e Investimentos S.A., em linhas gerais, replica os mesmos argumentos de mérito da contribuinte e refuta a hipótese de sua responsabilização.

A impugnação foi julgada procedente em parte (fls. 2.859 a 2.942), unicamente para afastar a responsabilidade tributária dos senhores OSMARI DE CASTILHO RIBAS e RENÊ DUARTE E SILVA JUNIOR. A decisão ensejou a oposição de Recurso de Ofício.

Em linhas gerais, entendeu a DRJ que inexistiu confusão patrimonial entre a investidora de fato e a investida, acatando boa parte das acusações fiscais, veja:

Caracterizadas as pessoas envolvidas nas operações relativas à geração e transmissão de ágio na aquisição de investimento na PORTONAVE S/A e, considerando que a incorporação ocorreu de sorte a vincular esta pessoa jurídica, na qualidade incorporadora, e a MG S/A e a PNP/Startport, na qualidade de incorporadas, sobressai a situação de que os ditos eventos de incorporação ocorreram sem a presença do investidor de fato, a TPI S/A .

De acordo com o que foi apresentado sobre a acepção do dispositivo normativo que rege as condições para o aproveitamento tributário do ágio, o fato de a MG S/A e a PNP/Startport terem parcelas de patrimônio vertidas indiretamente da TPI S/A não lhes confere, em nenhum momento, a condição de investidoras de fato nas operações em questão. Sem que essa condição se realize, não se efetivam os aspectos pessoal e material da hipótese de incidência de dedutibilidade posto que, no tocante ao aspecto pessoal, a norma se dirige ao adquirente de participação societária, ao investidor.

No tocante ao aspecto material, a norma se dirige a amparar a situação de "confusão patrimonial" entre investida e investidora e a consequente extinção do investimento, garantindo a possibilidade de amortização fiscal dessa "perda", o que, no caso, simplesmente não aconteceu.

Por isso, o aproveitamento tributário do ágio via amortizações, conforme efetuado pela fiscalizada no período sob fiscalização (2015 a 2017), sucedeu sem respaldo legal, tendo em vista que o suporte fático aduzido pela fiscalizada, que supostamente ampararia a sua pretensão de dedutibilidade de amortização fiscal do ágio, efetivamente não se subsome à hipótese de incidência constante nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97.

Dessa forma, a despesa com ágio não pode ser aceita, e a glosa deve ser mantida.

Por outro lado, sobre as insurgências quanto às acusações sobre empresas-veículo, entendeu:

Então, o ágio gerado na aquisição dessas participações societárias foi transferido, por três vezes, a pessoas distintas do investidor original (TPI S/A), até que, a partir de outubro de 2012, passou a ser amortizado pela PORTONAVE S/A em 60 (sessenta) parcelas mensais.

Dessa forma, irrelevante serem as empresas citadas "veículos" na acepção rigorosa da palavra, mas sim, se estas empresas foram um meio, uma forma, de proporcionar a transferência artificial do ágio gerado na venda de participações societárias da PORTONAVE S/A para a própria PORTONAVE S/A, e, isso eles foram.

Da mesma forma, a adoção por parte dessas empresas do Lucro presumido não tem relevância para essa Turma julgadora.

Entendeu que a aplicação do artigo 24 da LINDB foi feita adequadamente pela fiscalização, pois a jurisprudência da época não aceitava essas operações; manteve a exigência relacionada à CSLL, com fundamento no artigo 13, inciso III e artigo 57 da Lei nº 8.981/1995. Manteve a qualificação da multa de ofício, a exigência da multa isolada, afastando, sobre esta última a alegação de decadência, por força da Súmula CARF nº 104, e os juros sobre multa.

Manteve a responsabilidade solidária da TPI - Triunfo Participações e Investimentos S.A., esteada no artigo 124, inciso I, do CTN, por entender que há interesse comum.

Por fim, afastou a responsabilidade tributária dos Srs. Osmari de Castilho Ribas e Renê Duarte e Silva Junior, por ausência de comprovação do conluio.

Intimada em 11 de março de 2021, a contribuinte PORTONAVE S.A. – TERMINAIS PORTUÁRIOS DE NAVEGANTES apresentou Recurso Voluntário (fls. 2.968 a 3.037) em 09 de abril de 2021. Reprisou boa parte das alegações de mérito da impugnação, refutando as acusações de transferência de ágio, ausência de confusão patrimonial e utilização de empresas-veículo; pugnou novamente pela aplicação do artigo 24 da LINDB; defende a inexistência de disposição legal que imponha a vedação da dedução do ágio da CSLL; sustenta o descabimento da multa qualificada;

pugna pela impossibilidade de cobrança de multa isolada após o encerramento dos anos-calendário de 2015, 2016 e 2017; a abusividade da exigência concomitante de multa isolada e de ofício; a decadência da multa isolada relativa aos meses de janeiro a maio de 2015; e a inaplicabilidade dos juros sobre multa

A responsável TPI – Triunfo Participações e Investimentos S.A., intimada em 11 de março de 2021, apresentou Recurso Voluntário (fls. 3.040 a 3.093) em 09 de abril de 2021. Reafirma os argumentos lançados na impugnação.

É o relatório.

VOTO

Conselheiro **Henrique Nimer Chamas**, Relator.

ADMISSIBILIDADE

Os recursos voluntários são tempestivos e preenchem os demais requisitos para a sua admissibilidade, portanto, deles conheço.

No que tange ao Recurso de Ofício, nos termos do artigo 34, inciso I, do Decreto nº 70.235/1972, do artigo 1º, §2º, da Portaria nº 2/2023 e da Súmula CARF nº 103, destaco que o limite de alçada vigente foi respeitado, motivo pelo qual também deve ser conhecido com relação à responsabilização dos sócios pessoas físicas.

DELIMITAÇÃO DA LIDE

De início, as acusações fiscais se fundam em três fundamentos que são interdependentes: a *ausência de confusão patrimonial* entre a “investidora de fato” e a “investida”, respectivamente, TPI e Portonave, em decorrência da utilização de *empresas-veículo* para a *transferência do ágio* gerado na aquisição das participações societárias, possibilitando sua amortização.

Assevero que a higidez da primeira operação não foi questionada, isto é, a operação de compra e venda das participações societárias é regular no que tange ao laudo com expectativa de rentabilidade futura, os pagamentos realizados e o desdobramento do custo de aquisição em patrimônio líquido e ágio. Há certa menção aos laudos de avaliação das empresas-veículo considerarem apenas a participação societária da Portonave, contudo, o contexto da afirmação é de reforço à constatação das empresas-veículo, e não de questionar a idoneidade do documento.

O cerne, portanto, reside na análise das operações societárias que levaram à amortização do ágio, sobretudo, a licitude da transferência do ágio, porquanto o tema das

empresas-veículo tem o condão de demonstrar a artificialidade das operações e o resultado disso seria a inexistência de confusão patrimonial.

Passo a analisar o caso.

RECURSO VOLUNTÁRIO

PRELIMINARMENTE

Aplicação do artigo 24 da Lei nº 13.655/2018 no contencioso administrativo

O artigo 24 da Lei de Introdução das Normas ao Direito Brasileiro (“LINDB” – Lei nº 13.655/2018), tem a seguinte redação:

Art. 24. A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

Parágrafo único. Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

Os argumentos lançados pela contribuinte se direcionam no sentido do cancelamento da autuação fiscal, pois o procedimento que adotou estaria de acordo com as orientações da época, isto é, pautado na jurisprudência majoritária deste tribunal administrativo.

Entretanto, o alcance da norma não aparenta ser esse, porquanto a hierarquia das fontes normativas em matéria tributária é disciplinada rigidamente pela Constituição Federal.

O artigo 146 da Constituição Federal reserva à lei complementar veicular as normas gerais em matéria tributária. A exigência de um diploma normativo com quórum mais estrito para a edição de norma especial com caráter de legislação nacional, encontra respaldo na segurança jurídica. Assim sendo, em matéria tributária, não poderia ser editada norma geral por meio de uma lei ordinária federal e esta não alcançaria os efeitos pugnados pela Recorrente.

Nas palavras da Conselheira Livia de Carli Germano, no Acórdão nº 1401-002.993, de 20 de novembro de 2018:

Vale lembrar, ademais, que o CTN possui regramento específico sobre a matéria, estabelecendo o artigo 100 que a observância das chamadas normas complementares (das leis, dos tratados e das convenções internacionais e dos decretos) exclui tão somente a imposição de penalidades, a cobrança de juros de mora e a atualização do valor monetário da base de cálculo do tributo. Jamais o

principal de tributo. Da mesma forma, o artigo 146 do CTN traz regramento próprio sobre o efeito intertemporal da introdução de novos critérios jurídicos – leia-se, nova interpretação – no processo de constituição do crédito tributário. Diante disso, dar ao artigo 24 da LINDB o alcance que a Recorrente pretende é, ao fim e ao cabo, acreditar que lei ordinária federal poderia trazer uma espécie de exceção à norma do artigo 100 do CTN, o que vai de encontro a regras básicas de interpretação das normas em um sistema constitucional complexo como o brasileiro.

O contexto que ensejou a prescrição do artigo 24 da LINDB, por sua vez, se inclina à revisão de ato, processo ou norma emanados da própria Administração, bem como de contrato ou ajuste entabulados entre a Administração e o particular. Não se aplica, dessa forma, ao lançamento fiscal, porquanto o lançamento não estaria sujeito a revisão de atos administrativos ou contratos da Administração.

O lançamento tributário não gera situação plenamente constituída, já que a apuração pelo contribuinte, no lançamento por homologação, é provisória e precária, sujeita a homologação da autoridade competente, não subsumindo à “situação plenamente constituída” antes da homologação, expressa ou tácita, da autoridade fiscal.

Entender de forma contrária, significa tornar o contencioso tributário administrativo inflexível, impossibilitando-o de evoluir com eficiência e retirando dos debates tributários o processo dialético dos tribunais administrativos, que analisam as situações, documentos, normas e critérios contábeis.

Assim sendo, rejeito a preliminar de aplicação do artigo 24 da LINDB ao caso.

MÉRITO

Ágio

Transferência de Ágio – Empresas-veículo e Confusão Patrimonial

De antemão, assevero que o ágio originário é hígido e inquestionável. A aquisição das participações societárias indiretas da Portonave pela TPI é sólida e sequer foram questionadas pela autoridade fiscal. A controvérsia diz respeito aos seus efeitos fiscais diante da transferência do ágio.

A contribuinte apresenta as seguintes razões para justificar a essência das transações:

[sobre a compra da MG pela TPI S/A]

34. A intenção do Grupo Leão era a realização de um negócio em que a “Parte Compradora” sujeitar-se-ia aos riscos de quaisquer decisões nos processos judiciais e arbitrais em andamento sobre a efetiva titularidade das ações da Recorrente pela MG, sem qualquer tipo de indenização ou restituição total ou

parcial do preço. Diante desse cenário, restou decidido que o mais adequado seria adquirir diretamente a MG e, dali em diante, patrocinar, em nome dessa sociedade diretamente, os seus interesses legítimos nos processos judicial e arbitral em curso e cujo desfecho era incerto.

35. A segunda razão tinha por objetivo garantir a agilidade da transação. A aquisição direta das 4.033.999 ações da Recorrente representaria alteração do controle societário direto da Recorrente, o que, segundo a regulamentação da ANTAQ aplicável à época dos fatos, sujeitaria a demorados procedimentos de autorização prévia.

36. A aquisição da MG, de outro lado, não estaria sujeita à prévia autorização da ANTAQ ou da recém-criada Secretaria Especial dos Portos. Portanto, a aquisição direta da MG pelo Grupo TPI mostrava-se como a alternativa mais rápida e objetiva ponto de vista negocial e empresarial. Essa era a alternativa que efetivamente garantia ao Grupo TPI a possibilidade de rápida conclusão do negócio.

(...)

38. Portanto, fosse a amortização fiscal do Ágio Portonave o principal objetivo buscado com essa operação, como sustentou a d. autoridade lançadora, poderiam as partes simplesmente implementar a aquisição de ações da Recorrente pela TPI, realizando a cisão parcial desta companhia com a incorporação, pela Recorrente, do acervo cindido contendo as suas próprias ações e o ágio, o que igualmente permitiria a dedução desse ágio para fins fiscais nos termos do Regime do Ágio da Lei nº 9.532/97.

39. A Recorrente esclarece que não se mostrava adequado a sua incorporação direta pela TPI ou vice-versa, já que a TPI é companhia de capital aberto com investimentos detidos em diversas outras empresas, o que traria inúmeras complexidades práticas e operacionais, resultando na empresa titular de licenças e autorizações para exploração de terminal portuário privado.

[sobre a aquisição da PNP pela TPI S/A]

45. Como mencionado acima, a Ivaí Engenharia era a titular original das ações da Recorrente mas, como essa sociedade possuía diversos outros investimentos em sociedades operacionais, os acionistas do Grupo Ivaí deliberaram a cisão parcial da Ivaí Engenharia, com a transferência do acervo (4.033.999 ações Classe B de emissão da Recorrente) para a PNP.

46. A exemplo do exposto no acima, caso a transação tivesse sido avaliada exclusivamente sob a perspectiva tributária como pretensamente faz crer a autoridade lançadora e a decisão da DRJ, seria mais simples a aquisição direta das ações da Recorrente pela TPI. A transação envolvia, contudo, outras questões negociais e regulatórias, sendo que a aquisição indireta do investimento na Recorrente não restringiria o legítimo direito à amortização fiscal do ágio pago a terceiros, nos termos assegurados pelo Regime do Ágio da Lei nº 9.532/97 e como

será retomado adiante. Em outras palavras, a aquisição da MG e da PNP eram absolutamente indiferentes sob a perspectiva do exercício do direito da Recorrente à amortização fiscal do Ágio Portonave, sendo a alegação constante do Relatório mera tentativa injustificada de atribuir vícios aos atos jurídicos praticados.

[sobre a contribuição do investimento na MG e PNP para a TPI LOG]

58. Após a aquisição da MG e da PNP, essas holdings centralizaram o investimento direto na Recorrente por mais de dois anos. Transcorrido esse período, por questões de reestruturação interna do Grupo TPI relacionadas, sobretudo, (i) à aquisição de novos investimentos no setor portuário, como o investimento na Santa Rita; e (ii) da crise que se iniciou em 2009 e tem afetado o setor de infraestrutura desde então, os investimentos na MG e PNP foram aportados na TPI LOG (assim como o investimento que a TPI detinha diretamente na Santa Rita).

59. Primeiro, é preciso ressaltar que caso a autoridade lançadora tivesse analisado as demonstrações financeiras públicas e auditadas da TPI sob outro enfoque, teria percebido que, no setor extremamente regulado em que o Grupo TPI atua, a existência de sociedades holdings ou sub-holdings por setor de atuação é essencial por razões de governança, alinhamento estratégico e, em muitos casos, exigências regulatórias.

60. A TPI possui holding em outros setores em que atua, como por exemplo energia e aeroportos. Foi nesse contexto que, sendo titular de participação direta e indireta na Recorrente e tendo adquirido a Santa Rita, a TPI decidiu constituir uma sub-holding dedicada exclusivamente à centralização das participações em empresas brasileiras do setor portuário, o que envolveu não apenas a MG e PNP mas outra sociedade investida, a Santa Rita.

(...)

62. Após a constituição da TPI LOG, a TPI procedeu à transferência dos investimentos no setor portuário (MG, PNP, Recorrente e Santa Rita) para essa nova companhia, mediante aumento de capital da TPI LOG, o qual foi integralmente subscrito e integralizado com participações que eram detidas diretamente pela TPI nas referidas sociedades.

(...)

66. De um total de ativos avaliados em R\$ 189,5 milhões, R\$ 131,9 milhões referiam-se ao investimento na MG, PNP e na Recorrente. A diferença, de R\$ 57,4 milhões, estava relacionada a investimentos realizados na Santa Rita, relativos ao Terminal Portuário Brites, que foi o segundo projeto no setor com participação do Grupo TPI.

67. Tivessem a autoridade lançadora e a decisão da DRJ analisado a operação com a objetividade e imparcialidade que deveriam nortear seus trabalhos, teriam

percebido, com a devida vênia, que o Ágio Portonave registrado pela TPI LOG teve como origem a aquisição de investimento por ato oneroso devidamente pago, por meio de aumento de capital. A autoridade lançadora, portanto, confunde o investimento com o próprio ágio. No presente caso, o que houve foi a transferência do investimento que a TPI tinha na MG e na PNP para a TPI LOG, e não a transferência do “ágio”.

[sobre a reorganização implementada após a centralização do investimento pela TPI LOG]

71. A estrutura societária descrita acima durou por aproximadamente três anos, até que (i) em 29.09.2012, foi deliberada a cisão parcial da TPI LOG, com versão do acervo cedido para a MG e para a PNP; e (ii) a incorporação da MG e PNP pela Recorrente em 30.09.2012, que sucedeu universalmente essas sociedades em todos os direitos e obrigações, nos termos da LSA e do Código Civil.

72. Essas operações resultaram na “absorção” do patrimônio (contendo o Ágio Portonave) pela Recorrente, a qual passou a exercer o direito à dedução fiscal do referido ágio à razão de 1/60 mensais, nos termos assegurados pelo Regime do Ágio da Lei nº 9.532/97.

(...)

75. Nesse contexto, note-se que as sociedades poderiam ter exercido esse direito de diversas formas desde junho de 2007. Optou-se, contudo, por exercê-lo apenas em setembro de 2012, isto é, cinco anos após a aquisição dos investimentos e do pagamento do ágio a terceiros pelo Grupo TPI.

76. O fator tempo, contudo, não foi avaliado pela autoridade lançadora e pela decisão da DRJ, buscando simplesmente lançar acusações infundadas com o objetivo de cobrar tributos e multas agravadas, objetivando-se penalizar a Recorrente e demais empresas, sem qualquer suporte, com a devida vênia, na realidade dos fatos e até mesmo na lei aplicável a esses fatos. O decurso do prazo de cinco anos é incompatível com a suposta simulação e ilicitude dos atos, conforme alegado pelas autoridades lançadoras. Não há como se aceitar que as partes implementaram uma estrutura supostamente ilegal apenas com o objetivo de economia tributária, sendo tal economia obtida apenas a partir do quinto ano dos atos praticados. A acusação, além de não identificar e comprovar o suposto vício dos atos jurídicos implementados, é vaga e incompatível com a motivação mencionada.

De início, a respeito das aquisições originárias da MG S/A e PNP/Startport, diferentemente do que sustentado pela autoridade fiscal, entendo que não há irregularidade nas operações pelo simples fato de não ter sido feita a aquisição das participações societárias da Portonave de forma direta. Não cabe à autoridade fiscal questionar a liberdade negocial da contribuinte, bem como as justificativas apresentadas pela contribuinte parecem ser verossímeis – embora, sabe-se, ao adentrar no campo da subjetividade interpretativa, a insecuridade jurídica prepondera, por exemplo, se *deveria ser feito desta ou daquela forma*.

Conseguinte, analisando os Momentos “3” a “5”, que tratam da acusação de transferência do ágio, por entender que todas as acusações são interdependentes, é possível delinear o cenário a partir de somente um único enfrentamento. Explico: a partir da constatação da transferência do ágio, a autoridade fiscal afirma que as operações se deram por meio de empresas-veículo, questionando sua substância e necessidade, concluído então pela distinção da figura do *investidor de fato* a fim de justificar a inexistência de confusão patrimonial, requisito para a amortização do ágio.

No 3º Momento, a TPI S/A subscreve e integraliza no capital social da TPI LOG a totalidade das participações que tinha na MG S/A, na PNP/Startport, em uma terceira companhia, a Santa Rita S/A, e na própria PORTONAVE S/A.

Nesse ponto, verifica-se que a acusação fiscal sustenta que a TPI LOG é uma empresa-veículo. Contudo, são questionáveis as acusações. A TPI LOG passa a ser detentora das participações diretas que a TPI S/A tinha na Portonave e de outros investimentos, o que é relevante para demonstrar que a TPI LOG não seria uma simples “casca” para transferir os ágios e possibilitar sua amortização. Além disso, esse “momento” ocorre cerca de dois anos e meio após a aquisição da MG S/A e da PNP/Startport (aquisições das participações societárias ocorreram em 06/2007 e a operação do “3º Momento” em 12/2009).

Entendo que nesse caso não há que se falar em transferência de ágio, porque o que de fato ocorreu foram novas transações com a finalidade de reorganização societária, isto é, um aporte de capital pela TPI S/A, que subscreveu e integralizou as ações que passara a deter das sociedades adquiridas há algum tempo, além de outras, por um valor superior ao valor contábil, compreendendo o ágio pago nas duas operações de compra e venda iniciais –ágios licitamente pagos, decorrente de operações entre partes independentes.

A subscrição e integralização de ações é uma operação que, do ponto de vista societário, é admitida pela legislação (artigo 6º, 166 e seguintes, da Lei nº 6.404/1976) e, portanto, é lícita.

A autoridade fiscal ignora que a subscrição e integralização de ações pode sim ser considerada uma forma de aquisição de bens, seja para quem subscreve seja para a sociedade emissora. A subscrição é um ato preliminar de informação aos acionistas que irão compor o quadro societário, criando a obrigação relacionada à quando, quanto e como as ações serão integralizadas pelo subscritor. A integralização, por sua vez, é, de fato, o pagamento do valor de emissão das ações subscritas, sendo a operação pela qual o subscritor entrega os ativos (recursos financeiros, bens ou direitos) recebendo em troca ativos da sociedade emissora (ações por ela emitidas).

Não há questionamento sobre a efetiva integralização, porquanto o TVF afirma que as ações da MG S/A e da PNP/Startport, além de outras, subscritas pela TPI S/A foram integralizadas, isto é, pagas, mediante a entrega de ações. Isso significa, portanto, que não há dúvidas de que a contribuinte pagou pelos ativos adquiridos – também suportou o sacrifício

econômico - e, tratando-se de um valor pago a maior do que o valor patrimonial, como ocorreu no caso, a diferença deve respeitar o artigo 385, do RIR/99, e ser registrada como ágio.

No caso, uma vez que o investimento é objeto de uma nova transação com outra pessoa jurídica, pertencente ao mesmo grupo (contribuinte), esta passa a ser a nova investidora, registrando o novo ágio em sua contabilidade, avaliado sob o método da equivalência patrimonial, devendo-se desdobrar o custo de aquisição entre “valor do patrimônio líquido” e “ágio ou deságio”, cumprindo os requisitos legais previstos no artigo 7º da Lei nº 9.532/1997, inclusive, quando da incorporação das sociedades.

Tecnicamente, com o aumento de capital social, por meio da subscrição e integralização das participações societárias, estas deram substrato ao aumento refletido na contabilidade de TPI LOG, também com o desdobramento do custo de aquisição originalmente feito pela TPI S/A. Nesse caso, a nova adquirente, TPI LOG, apura um novo resultado aritmético no qual se verifica o ágio. Ainda, verifica-se o exato cumprimento do artigo 8º, “b”, da Lei nº 9.532/1997, possibilitando a amortização fiscal do ágio relativo ao investimento.

Nada de ilícito há no 3º Momento, motivo pelo qual afasto as acusações de transferência de ágio e empresas-veículo, sob a máxima da liberdade de organização dos contribuintes da melhor forma que lhe aprouverem.

Com relação ao 4º Momento, o primeiro conjunto de operações tinha por base a cisão da TPI LOG com versão do acervo cedido para MG S/A e para a PNP/Startport. Mais uma vez, todas essas operações societárias ocorreram às claras e estão previstas na legislação societária, não há como presumir ilicitude ou simulação.

Por mais que haja um esforço da autoridade fiscal para fundamentar a ausência de substância nas operações, tal raciocínio tolhe a liberdade de organização dos contribuintes nacionais. Todo o racional feito para a operação societária do 3º Momento se aplica ao 4º Momento e nada de ilícito macula a operação.

Por fim, no 5º Momento, em que teria ocorrido a terceira transferência do ágio, as sociedades MGA S/A e PNP/Startport são incorporadas pela contribuinte, dando azo à amortização do ágio a partir de 31/10/2012.

Nesse momento, portanto, tem-se toda a linha histórica que levou a incorporação do ágio. Desde a aquisição das participações societárias, em 06/2007, somente em 09/2012 houve a incorporação exigida pela legislação tributária e o ágio começou a ser amortizado em 10/2012. Passaram-se, portanto, mais de cinco anos.

Por mais que bem fundamentadas as acusações fiscais, denominar que todas as empresas envolvidas nas operações societárias são empresas-veículo soa contraditório, pois o interregno temporal milita em favor da contribuinte. Ora, se o único objetivo era transferir o ágio para permitir sua amortização, por que isso não foi feito em um tempo exíguo? Por que esperar mais de cinco anos?

Não identifico a sustentada ausência de substância nas operações societárias que, mais uma vez, são lícitas e foram realizadas às claras.

Os contribuintes, de forma geral, possuem liberdade para a condução de seus negócios a forma que julgarem mais adequada. As limitações a tal liberdade são aquelas impostas pela legalidade tributária. Não caberia, portanto, exigir que a contribuinte optasse pelas operações mais onerosas do ponto de vista tributário.

Em adição à interpretação acima feita, analisado o tema sob outra ótica, qual seja a da ausência de previsão legal para a transferência do ágio, o resultado é o mesmo.

No contexto da edição da Lei nº 12.973/2014, o tratamento fiscal do ágio sofreu algumas modificações, em especial, nas regras sobre a sua apuração e o aproveitamento do ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura, trazendo novas normas referentes às exigências para sua amortização. Passou a ser exigido, por exemplo, a elaboração de um laudo específico em determinado prazo e a vedar a apuração de ágio na aquisição de investimento relevante realizado entre partes dependentes.

Porém, ainda que o legislador tivesse o intuito de dar mais segurança aos temas considerados litigiosos, a transferência de investimentos com ágio não foi regulamentada, conforme aludido pelo Conselheiro Luis Flávio Neto, no Acórdão CSRF nº 9101003.397:

O silêncio do legislador, na reforma de 2014, em relação a temas igualmente contenciosos, como o da transferência de investimento com ágio analisado nos presentes autos, pode ser compreendido como inexistência de oposição às possíveis restruturações societárias que o participar venha a sofrer. Referido silêncio pode ser considerado como reconhecimento do direito de autoorganização garantido ao particular pelo princípio da livre iniciativa, de forma que não haverá nenhuma sanção a isso no que concerne ao aproveitamento do ágio legitimamente apurado na operação originária de aquisição de investimento relevante. Trata-se de um silêncio eloquente.

As considerações do Conselheiro Daniel Ribeiro Silva somam-se à esta interpretação, conforme disposto no Acórdão nº 1401-003.183 (Processo nº 16561.720241/2016-29):

Não se pode concluir que o legislador nacional buscou induzir a concentração de empresas ou concentração econômica, pura e simplesmente. O objetivo do legislador foi o de alcançar uma solução para o emparelhamento de receitas e despesas, o que se dá com a realização do investimento, integrando em uma mesma entidade o acervo investido e o investimento.

Tal necessidade decorre da utilização pelo legislador brasileiro da teoria da entidade empresarial, com contabilização em apartado, diferentemente da adotada pelo direito norte americano, onde há comunicação natural das despesas com o ágio e as receitas cuja expectativa de geração futura justificou a sua assunção.

Assim é que, passando as empresas (investidora e investida) a comporem um mesmo grupo econômico, naturalmente a despesa decorrente do sobrepreço em razão da expectativa de rentabilidade futura, naturalmente deveria ir de encontro com o resultado do seu investimento.

E é nessa linha que parte da doutrina defende inexistir prejuízo ao Fisco ao permitir a dedutibilidade do ágio, vez que isso seria uma consequência natural do encontro das despesas com a aquisição e o resultado do investimento que justificou a aquisição com sobrepreço.

O que coube ao legislador foi a preocupação de estabelecer uma regra básica à dedutibilidade, bem como estabelecer critérios objetivos para se evitar o aproveitamento de ágio superior ao efetivamente devido.

Ressalte-se, novamente, que o legislador em momento algum há disposição expressa na Lei n. 9.532/97 que vede a realização de reorganizações societárias periféricas e intermediárias ao evento de absorção eleito para ensejar a amortização do ágio por expectativa de rentabilidade futura, a exemplo da constituição de empresa-veículo ou, ainda, que vede a transferência do ágio.

Com base nesses fundamentos, notada a ausência de restrição legal à transferência do ágio e frente aos princípios constitucionais que protegem as liberdades individuais dos contribuintes, a restrição da dedutibilidade com as despesas de amortização do ágio deveria ser pautada por regras claras e expressas em lei, o que não ocorreu. O legislador assim não o fez e não vislumbrou fundamento jurídico para obstar esse direito conferido ao contribuinte, desde que cumpridos os requisitos legais para tal; isso significa que não há impedimentos para o gozo da dedutibilidade com despesas de amortização do ágio, na operação de aumento de capital social com posterior subscrição e integralização das quotas, procedida pela incorporação da investida.

Há de se compreender que o aproveitamento do ágio, no caso, acompanha o investimento, ainda que em posteriores operações societárias, perfazendo o encontro da despesa realizada pela nova investidora com a rentabilidade que justificou o pagamento do sobrepreço, não havendo prejuízo ao Fisco. Tal entendimento é relevante para o caso, haja vista que não se observa um intuito fraudatório ou abusivo nas operações da forma como foram realizadas. Não há dolo para a evasão de tributos.

Embora a idoneidade da operação originária sequer fora cogitada no TVF, a discussão é válida, porquanto o tema das empresas-veículo é largamente debatido neste tribunal. Por isso, utilizo-me das considerações tecidas pelo Conselheiro Luís Flávio Neto, no já citado Acórdão CSRF nº 9101003.397, sobre situação similar à do caso:

Com paralelo nas “conduit companies”, a expressão acolhida na pragmática do CARF pode, em si, dar ensejo a confusões, pois pode abranger situações distintas e encontrar justificativa por razões variadas, atinentes a fatores de mercado, regulatórios, societários ou mesmo exclusivamente tributários.

Salvo hipótese de fraude, a utilização de “empresa-veículo” não gera qualquer efeito tributário, isto é, não altera o potencial de amortização deste em caso de posterior operação de fusão, incorporação ou cisão que ocasione o encontro patrimonial requerido pelo legislador. Por isso é correto afirmar que tais operações são neutras, não alterando a esfera de direitos dos contribuintes ou do fisco no que concerne a efetiva amortização do ágio.

A Lei n. 9.532/97 não veda, expressa ou implicitamente, a prática de tais operações intermediárias, que são indiferentes ao legislador, gozando daquilo que TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JR. classifica de “permissão fraca”. Ensina o Professor que:

“Permissões, no entanto, não resultam apenas de um preceito expresso, mas também da ausência de norma, do que decorre a chamada liberdade negativa. A permissão por ausência de norma (livre por não estar proibido nem ser obrigado) chama-se permissão fraca. Já a permissão que resulta da norma se chama permissão forte, que aponta para a liberdade no sentido positivo.” De fato, não há disposição expressa na Lei n. 9.532/97 que vede expressamente a realização de reorganizações societárias periféricas e intermediárias ao evento de absorção eleito para ensejar a amortização do ágio por expectativa de rentabilidade futura, a exemplo da constituição de empresa-veículo.

O que há é uma tese sobre uma “interpretação” da Lei n. 9.532/97, pela qual a PFN sustenta a perda da possibilidade de amortização do ágio em face de reorganizações societárias com empresas-veículo.

Mais uma vez, ainda que o caso não trate somente de empresa-veículo, o racional é válido para se compreender que operações intermediárias não necessariamente inviabilizam a amortização do ágio, salvo em hipótese de fraude. Em complemento ao trecho citado acima, no mesmo voto:

Se por qualquer motivo determinada empresa (investidora), que tenha adquirido investimento relevante em outra pessoa jurídica (investida) com sobrepreço fundado em expectativa de rentabilidade futura, restar impossibilitada ou encontrar obstáculos para absorver o patrimônio da empresa investida (ou vice-versa), poderá, ainda que imbuída única e exclusivamente no propósito de se valer da economia de opção e aproveitar a amortização fiscal do ágio, realizar as restruturações societárias necessárias para desobstruir o seu caminho. Se a constituição de uma outra subsidiária para lhe transferir o investimento for a solução, a operação estará suficientemente justificada pelo propósito de viabilizar a fórmula operacional básica prescrita pelos arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97, não lhe sendo exigida a demonstração de qualquer outro propósito extratributário. Não há, nessa hipótese, qualquer óbice no Direito privado ou no Direito tributário para a realização da referida restruturação societária e transferência do investimento com ágio.

A ausência de confusão patrimonial, assim compreendida no caso como decorrente de o ágio ter sido suportado pela investidora direta (TPI S/A), ao passo que a incorporação fora realizada após a subscrição e integralização de ações na TPI LOG, a cisão parcial da TPI LOG e a incorporação da MGA S/A e da PNP/Startport, não merece acolhida.

Diante dos fundamentos acima, entendo que os requisitos e condições delineados pela legislação tributária em vigor à época dos fatos não vedam a amortização do ágio pela contribuinte, tanto pela ótica da substância das operações lícitas quanto pela ausência de vedação à transferência do ágio pela legislação tributária.

Assim sendo, **dou provimento** ao Recurso Voluntário para exonerar a infração relativa ao IRPJ.

CSLL e a dedução por amortização com despesas de ágio

Em que pese a minha posição pessoal sobre o tema, inclinei-me ao entendimento do colegiado para que a análise acima realizada seja aplica *ipsis literis* ao lançamento relativo à CSLL, na medida em que embasados nos mesmos elementos fáticos e jurídicos das exigências relativas ao IRPJ. Portanto, este é o fundamento pelo qual o julgamento se pautou.

Contudo, sendo coerente com minha posição pessoal ora abandonada em prol do colegiado, faço um desenvolvimento teórico sobre o tema, apenas para constar meu entendimento sobre o tema.

No que tange à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (“CSLL”), a dedutibilidade se encontra assegurada pela legislação, sob a fundamentação de que as limitações à dedutibilidade do ágio existentes relativamente ao IRPJ não se aplicam à CSLL, inexistindo, igualmente, qualquer previsão para a respectiva adição.

A CSLL foi inaugurada no ordenamento jurídico pela Lei nº 7.689/1988; reduziu-se a alíquota do IRPJ e criou-se a contribuição. Esta deriva, em certa medida, do IRPJ, mas assumiu regime jurídico próprio, mantendo sua autonomia enquanto tributo.

A base de cálculo da CSLL está prescrita no artigo 2º da Lei nº 7.689/1988, tendo passado por alterações introduzidas pela Lei nº 8.034/1990, que destacou a especificidade de sua base de cálculo. De maneira mais ampla, a base de cálculo da contribuição foi delineada pelo artigo 2º como o valor do resultado do exercício, este contábil, antes da provisão para o imposto de renda.

As alterações promovidas pela Lei nº 8.034/1990 deram maior concretude à sua base de cálculo, relativamente a quais seriam as adições ou exclusões pertinentes. Veja as previsões introduzidas no artigo 2º, §1º, alínea “c”, tal como vigentes à época dos fatos:

- c) o resultado do período-base, apurado com observância da legislação comercial, será ajustado pela: (Redação dada pela Lei nº 8.034, de 1990)

- 1 - adição do resultado negativo da avaliação de investimentos pelo valor de patrimônio líquido; (Redação dada pela Lei nº 8.034, de 1990)
- 2 - adição do valor de reserva de reavaliação, baixada durante o período-base, cuja contrapartida não tenha sido computada no resultado do período-base; (Redação dada pela Lei nº 8.034, de 1990)
- 3 - adição do valor das provisões não dedutíveis da determinação do lucro real, exceto a provisão para o Imposto de Renda; (Redação dada pela Lei nº 8.034, de 1990)
- 4 - exclusão do resultado positivo da avaliação de investimentos pelo valor de patrimônio líquido; (Redação dada pela Lei nº 8.034, de 1990)
- 5 - exclusão dos lucros e dividendos derivados de investimentos avaliados pelo custo de aquisição, que tenham sido computados como receita; (Incluído pela Lei nº 8.034, de 1990)
- 6 - exclusão do valor, corrigido monetariamente, das provisões adicionadas na forma do item 3, que tenham sido baixadas no curso de período-base. (Incluído pela Lei nº 8.034, de 1990)

Nos itens 1 e 4, previu-se que as variações do valor do patrimônio líquido que implicassem alteração do resultado em decorrência do Método de Equivalência Patrimonial (artigo 248 da Lei nº 6.404/1976) seriam fiscalmente neutras também para a apuração da CSLL. Não pretendeu, portanto, neutralizar os efeitos de variações do valor pago a título de ágio, pois este é imutável, já que consubstanciado pelo montante pago excedente ao patrimônio líquido no momento da aquisição, devendo ser registrado contabilmente de maneira apartada conforme determinação do artigo 20 do Decreto-lei nº 1.598/1977.

Compreender, então, que os itens 1 e 4 da alínea “c” acima transcritos imporia a neutralidade fiscal do ágio, significa desconsiderar sua imutabilidade e confundir patrimônio líquido com o sobrepreço a ele excedente, e, na essência, assumir a falta de compreensão do próprio conceito de ágio.

Com a promulgação da Lei nº 8.981/1995, cuja redação foi alterada pela Lei nº 9.065/1995, o artigo 57 assumiu a seguinte redação:

Art. 57. Aplicam-se à Contribuição Social sobre o Lucro (Lei nº 7.689, de 1988) as mesmas normas de apuração e de pagamento estabelecidas para o imposto de renda das pessoas jurídicas, inclusive no que se refere ao disposto no art. 38, mantidas a base de cálculo e as alíquotas previstas na legislação em vigor, com as alterações introduzidas por esta Lei. (Redação dada pela Lei nº 9.065, de 1995)

O dispositivo, ainda que traga aproximações entre a CSLL e o IRPJ quanto à apuração e pagamento, especialmente no que concerne ao vencimento, pagamento, período e dinâmica de apuração, ressalva que tais aproximações não se aplicariam à base de cálculo e às alíquotas previstas na legislação em vigor, salvo alterações expressas na própria lei.

A referida autonomia foi reafirmada pela primeira parte do artigo 13 da Lei nº 9.249/1995, que aproximou as bases de cálculo de ambos os tributos por meio de sua submissão à regra geral de dedutibilidade de despesas do artigo 47 da Lei nº 4.506/1964:

Art. 13. Para efeito de apuração do lucro real e da base de cálculo da contribuição social sobre o lucro líquido, são vedadas as seguintes deduções, independentemente do disposto no art. 47 da Lei nº 4.506, de 30 de novembro de 1964:

I - de qualquer provisão, exceto as constituídas para o pagamento de férias de empregados e de décimo-terceiro salário, a de que trata o art. 43 da Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995, com as alterações da Lei nº 9.065, de 20 de junho de 1995, e as provisões técnicas das companhias de seguro e de capitalização, bem como das entidades de previdência privada, cuja constituição é exigida pela legislação especial a elas aplicável;

II - das contraprestações de arrendamento mercantil e do aluguel de bens móveis ou imóveis, exceto quando relacionados intrinsecamente com a produção ou comercialização dos bens e serviços;

III - de despesas de depreciação, amortização, manutenção, reparo, conservação, impostos, taxas, seguros e quaisquer outros gastos com bens móveis ou imóveis, exceto se intrinsecamente relacionados com a produção ou comercialização dos bens e serviços;

IV - das despesas com alimentação de sócios, acionistas e administradores;

V - das contribuições não compulsórias, exceto as destinadas a custear seguros e planos de saúde, e benefícios complementares assemelhados aos da previdência social, instituídos em favor dos empregados e dirigentes da pessoa jurídica; VI - das doações, exceto as referidas no § 2º;

VII - das despesas com brindes. 1º Admitir-se-ão como dedutíveis as despesas com alimentação fornecida pela pessoa jurídica, indistintamente, a todos os seus empregados.

§ 2º Poderão ser deduzidas as seguintes doações:

I - as de que trata a Lei nº 8.313, de 23 de dezembro de 1991;

II - as efetuadas às instituições de ensino e pesquisa cuja criação tenha sido autorizada por lei federal e que preencham os requisitos dos incisos I e II do art. 213 da Constituição Federal, até o limite de um e meio por cento do lucro operacional, antes de computada a sua dedução e a de que trata o inciso seguinte;

III - as doações, até o limite de dois por cento do lucro operacional da pessoa jurídica, antes de computada a sua dedução, efetuadas a entidades civis, legalmente constituídas no Brasil, sem fins lucrativos, que prestem serviços gratuitos em benefício de empregados da pessoa jurídica doadora, e respectivos

dependentes, ou em benefício da comunidade onde atuem, observadas as seguintes regras: a) as doações, quando em dinheiro, serão feitas mediante crédito em conta corrente bancária diretamente em nome da entidade beneficiária; b) a pessoa jurídica doadora manterá em arquivo, à disposição da fiscalização, declaração, segundo modelo aprovado pela Secretaria da Receita Federal, fornecida pela entidade beneficiária, em que esta se compromete a aplicar integralmente os recursos recebidos na realização de seus objetivos sociais, com identificação da pessoa física responsável pelo seu cumprimento, e a não distribuir lucros, bonificações ou vantagens a dirigentes, mantenedores ou associados, sob nenhuma forma ou pretexto; c) a entidade civil beneficiária deverá ser reconhecida de utilidade pública por ato formal de órgão competente da União.” (grifo nosso)

É notório o esforço legislativo em delimitar as aproximações e distanciamentos entre os tributos em comento e da sua interpretação; confirma-se a ausência de plena identidade entre ambos no que tange sua base de cálculo e suas alíquotas, ainda que ambos tenham como premissa de definição da base de cálculo o lucro líquido contábil para sua apuração, cada qual sofre adições e exclusões próprias.

Sob estas premissas, o artigo 25 do Decreto-lei nº 1.598/77, na redação então vigente, exclui as contrapartidas de amortização do ágio apenas da determinação do lucro real (base de cálculo do IRPJ), não trazendo vedação relativamente à base de cálculo da contribuição sobre o lucro. A previsão legislativa confirma que, caso não houvesse a ressalva ali prevista, tratar-se-ia de despesa *a priori* dedutível.

Art. 25 - As contrapartidas da amortização do ágio ou deságio de que trata o artigo 20 não serão computadas na determinação do lucro real, ressalvado o disposto no artigo 33. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 1.730, 1979)

No caso concreto, a permissão da dedutibilidade do ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura introduzida no ordenamento pelo artigo 7º, inciso III, da Lei nº 9.532/1997, faz referência unicamente ao Lucro Real, porque somente a ele se aplicava a restrição do artigo 25 do Decreto-lei nº 1.598/1977.

Por essas razões, **dou provimento** ao Recurso Voluntário, para exonerar a exigência relacionada à CSLL.

Não obstante, conforme já exposto na introdução desse capítulo, renunciei a tal entendimento para julgar que toda a análise feita com relação ao IRPJ se aplicasse *ipsis literis* ao lançamento relativo à CSLL, na medida em que embasados nos mesmos elementos fáticos e jurídicos das exigências relativas ao IRPJ.

Conclusão

Ante aos fundamentos expostos, **rejeito** a preliminar de aplicação do artigo 24 da LINDB e, no mérito, **dou provimento** aos Recursos Voluntários para cancelar as exigências relativas ao IRPJ e à CSLL. Consequentemente, **nego provimento** ao Recurso de Ofício.

(documento assinado digitalmente)

Henrique Nimer Chamas