



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

Processo nº 11516.721418/2014-74
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1302-002.011 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 24 de janeiro de 2017
Matéria IRPJ e CSLL
Recorrente APM Terminais Itajaí S.A. (denominação atual de Teconvi S/A - Terminais de Contêineres do Vale do Itajaí).
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2009, 2010, 2011, 2012

REGRA DE SUBCAPITALIZAÇÃO. INAPLICÁVEL AO CASO.

Mesmo para uma *holding pura*, é equivocado afirmar que ela não exerce atividade econômica substantiva apenas porque tem por objeto a participação no capital de outras sociedades, com o fim de obter rendas decorrentes da distribuição de lucro e do ganho de capital.

Uma holding desenvolve atividade econômica substantiva quando possui, na jurisdição de seu domicílio, capacidade operacional compatível para exercer a gestão do grupo econômico, especialmente para tomar decisões relativas à administração de seus ativos e de suas participações societárias. A capacidade operacional é mensurada pela existência de instalações físicas e de número de empregados qualificados para exercer a administração do grupo de forma compatível com a complexidade das funções exercidas.

INCORPORAÇÃO DE EMPRESA. DESPESA COM AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. DEDUTÍVEL.

A norma não prevê uma forma para a demonstração da suposta rentabilidade futura e não dispõe expressamente sob contemporaneidade com a incorporação.

Não havendo capital aplicado na aquisição de direito de exploração de subconcessão imprópria de serviço público no momento da assinatura do contrato, não há também, à luz do art. 325, I, do RIR/99, que ser feito qualquer registro no ativo a título de intangível neste momento

A metodologia do fluxo de caixa descontado (FCD) é amplamente aceita, inclusive é um dos métodos de avaliação aceitos pela CVM, conforme expressamente dispõe o § 4º do art. 4º da Lei 6.404/76. O ROIC calculado sobre valores projetados altera totalmente a inteligência de tal índice, além do

que falta autorização legal para que seja utilizado como referencial de análise da qualidade de avaliações de empresas pelo FCD.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL.

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

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em REJEITAR a preliminar de nulidade da decisão de primeiro grau, e, no mérito, por unanimidade, em DAR provimento ao recurso voluntário quanto à glosa de despesas de juros (subcapitalização); e em REJEITAR a preliminar de decadência com relação à glosa de amortização de ágio; e, por maioria de votos, em DAR provimento ao recurso para cancelar a glosa amortização de ágio. Vencido o Conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado, que solicitou a apresentação de declaração de voto.

ALBERTO PINTO SOUZA JUNIOR – Relator.

LUIZ TADEU MATOSINHO MACHADO- Presidente.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Luiz Tadeu Matosinho Machado (Presidente), Julio Lima Souza Martins (Suplente Convocado) Alberto Pinto Souza Júnior, Marcos Antonio Nepomuceno Feitosa, Rogério Aparecido Gil e Talita Pimenta Félix.

Relatório

Versa o presente processo sobre recurso voluntário, interposto pelo contribuinte em face do Acórdão nº 03-69.259 da 2ª Turma da DRJ/BSB, o qual foi assim ementado:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2009, 2010, 2011, 2012

SUBCAPITALIZAÇÃO

Os juros pagos ou creditados por fonte situada no Brasil à pessoa jurídica domiciliada ou constituída no exterior, em país com tributação favorecida ou sob regime fiscal privilegiado, nos termos dos arts. 24 e 24-A da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, somente serão dedutíveis, para fins de determinação do lucro real e da base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, quando se verifique constituírem despesa necessária à atividade, conforme definido pelo art. 47 da Lei nº 4.506, de 30 de novembro de 1964, no período de apuração, atendendo cumulativamente ao requisito de que o valor total do somatório dos endividamentos com todas as entidades situadas em país ou dependência com tributação favorecida ou sob regime fiscal privilegiado não seja superior a 30% (trinta por cento) do valor do patrimônio líquido da pessoa jurídica residente no Brasil.

DECADÊNCIA. PRAZO PARA EFETUAR O LANÇAMENTO

Na hipótese de lançamento por homologação, inexistindo disposição legal diversa à do CTN e ocorrendo a antecipação do pagamento sem prévio exame do Fisco, a decadência de a Fazenda Pública efetuar o lançamento opera-se após cinco anos, contados do fato gerador, sem que aquela tenha se pronunciado. Inexistindo antecipação do pagamento, o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após cinco anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

INCORPORAÇÃO DE EMPRESA. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. NECESSIDADE DE PROPÓSITO NEGOCIAL UTILIZAÇÃO DE EMPRESA VEÍCULO. Não produz o efeito tributário almejado pelo sujeito passivo a incorporação de pessoa jurídica, em cujo patrimônio constava registro de ágio com fundamento em expectativa de rentabilidade futura, sem qualquer finalidade comercial ou societária. Nestes casos, resta caracterizada a utilização da incorporada como mera empresa veículo para transferência do ágio à incorporadora.

Nas operações estruturadas em sequência, deve a fiscalização apurar se cada uma das etapas realizadas tem propósito comercial. Caso não tenham, deve-se considerar, para fins tributários, o conjunto das operações como um todo e não as etapas isoladas.

LANÇAMENTO DECORRENTE.

Por se tratar de exigência reflexa realizada com base nos mesmos fatos, a decisão de mérito prolatada quanto ao lançamento do imposto de renda pessoa jurídica constitui prejudicado na decisão do lançamento decorrente relativo à CSLL.

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO. CABIMENTO. É cabível a aplicação de juros de mora sobre multa de ofício, pois a teor do art. 161 do Código Tributário Nacional sobre o crédito tributário não pago correm juros de mora, como a multa de ofício também constitui o crédito tributário sobre ela também necessariamente incide os juros de mora na medida em que também não é paga no vencimento.

Impugnação Procedente em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte

O dispositivo do acórdão recorrido assim dispõe:

“Acordam os membros da 2ª Turma de Julgamento, por unanimidade de votos, julgar procedente em parte a impugnação, rejeitar preliminares suscitadas; afastar a decadência; cancelar o valor referente a infração do excesso de juros creditados a mutuante estabelecido no exterior sob regime fiscal privilegiado para o fato gerador de 31/12/2009, no valor tributável de R\$ 501.522,34. Mantendo todo o resto. Declarar definitivo na esfera administrativa as infrações relativas às variações cambiais.”

A recorrente, cientificada do Acórdão nº 03-69.259 em 15/09/2015 (AR a fls. 3373), interpôs, em 14/10/2015 (carimbo da ARF-Itajaí a fls. 3374), recurso voluntário (doc. a fls. 3374 e segs.), no qual aduz, em apertada síntese, as seguintes razões de defesa:

a) que a presente autuação deve integralmente ser cancelada em razão dos seguintes fundamentos:

b) quanto ao item Subcapitalização:

b.1) que é nula a decisão da DRJ que deixou de analisar todos os fundamentos e documentos apresentados pela Recorrente ao longo da Impugnação que demonstram que a infração relativa a subcapitalização deve ser integralmente cancelada, uma vez que a APMM, apesar de ser uma holding company, exerce de fato atividade econômica substantiva, não estando sujeita a nenhum regime fiscal privilegiado na Dinamarca;

b.2) que a APMM, tomadora do empréstimo contraído pela Recorrente, não preenche nenhum dos requisitos exigidos pelo art. 24-A da Lei nº 9.420/96 para que possa vir a ser caracterizada como pessoa jurídica sujeita a regime fiscal privilegiado, pois:

b.2.1) todas as rendas auferidas pela APMM estavam sujeitas a tributação pelo imposto de renda sob a alíquota de 25% nos anos de 2009 a 2012, exceto quando presentes isenções específicas na legislação (isenções essas que não alcançam os juros pagos pela Recorrente);

b.2.2) a APMM é pessoa jurídica residente na Dinamarca que não possui vantagens fiscais e exerce atividade econômica substantiva, quer seja em relação à atividade de participação societária, quer seja em relação à atividade de produção e exploração de petróleo e atividades de navegação;

b.2.3) os juros pagos pela Recorrente estão sujeitas a tributação pela Dinamarca, tanto que o Brasil possui acordo para evitar a dupla tributação com a Dinamarca; e,

b.2.4) a Dinamarca não tem restrições quanto ao acesso a informações da pessoa jurídica dinamarquesa e, além disso, o acordo para evitar a dupla tributação entre Brasil e Dinamarca prevê mecanismos para a troca de informações entre os países;

b.3) que deve ser cancelada a autuação até junho de 2010, uma vez que a lista de regime fiscal privilegiado prevista pela IN RFB nº 1.037/2010 é taxativa e, por isso, as regras de subcapitalização presentes no art. 25 da MP 472/09 e 12.249/10 só podem ser aplicadas após a edição da mencionada lista que ocorreu em junho de 2010;

b.4) que é impossível a aplicação das regras de subcapitalização anteriormente a 09/2010 para a CSLL e 01/2011 para o IRPJ, uma vez que, por representarem majoração de tributos, mencionadas normas estão sujeitas aos princípios da anterioridade e da anterioridade nonagesimal, cujo *dies a quo* é a data da publicação da Lei nº 12.249/10, resultado da conversão da MP nº 472/09, haja vista as profundas alterações sofridas pela MP durante sua tramitação no Congresso Nacional;

c) quanto ao item relativo ao Ágio;

c.1) que não há qualquer fundamento jurídico para a DRJ considerar ilegítimos os laudos de expectativa de rentabilidade futura que fundamentam a decisão dos investidores e, desse modo, entender que a Recorrente não teria direito a dedução das despesas de ágio da base de cálculo do IRPJ e da CSLL, uma vez que não havia previsão em lei estabelecendo que o estudo de rentabilidade futura deve ser anterior a operação que deu origem ao ágio;

c.2) que a motivação econômica do ágio pago na aquisição do investimento na Recorrente não estava fundamentada na aquisição do direito de concessão, isto é, um ativo intangível, mas sim integralmente justificado com base na expectativa de rentabilidade futura do investimento adquirido, conforme suportado pelos estudos realizados à época pelo Grupo APM Terminals e posteriormente pelos Relatórios de Avaliação da PwC;

c.3) que a amortização do ágio realizada pela Recorrente é totalmente válida e legítima, já que preenchidos os requisitos dos artigos 385 e 386 do RIR, tendo origem em atos que obedeceram a forma válida, tiveram objeto lícito, bem como foram respaldados em

legítimos propósitos negociais, societários e regulatórios, não sendo possível qualificá-los como abusivos, motivo pelo qual são plenamente oponíveis ao Fisco, não sendo também possível caracterizar a Technical e a Itajai como "empresa veículo" para a transferência do ágio;

c.4) que foram observados os requisitos básicos para que seja reconhecido o direito à amortização do ágio: (a) o efetivo pagamento do custo total de aquisição, inclusive o ágio; (b) a realização das operações originais entre partes não dependentes; (c) a demonstração da fundamentação econômica do ágio pago com base na expectativa de rentabilidade futura, fatos esses incontroversos nos autos do presente processo administrativo;

c.5) que a recorrente agiu em absoluta conformidade com a legislação aplicável e não obteve economia fiscal indevida, uma vez que o resultado tributário obtido nas operações realizadas poderia ter sido atingido, inclusive, por meio de outras operações societárias;

c.6) que não existia dispositivo legal à época dos fatos que impedisse a dedutibilidade do ágio da base de cálculo da CSLL, tampouco qualquer norma que estendesse a essa contribuição as disposições relativas ao IRPJ, motivo pelo qual não há qualquer óbice ou limitação quanto à amortização do ágio para a CSLL;

d) que o Auto de Infração tem por objeto período já atingido pela decadência, já que no ano de 2014 não caberia mais as autoridades fiscais requalificar as operações societárias realizadas em 2005 e 2007;

e) que deve ser cancelada a cobrança dos juros de mora, calculados com base na taxa SELIC, sobre a multa de ofício lançada no Auto de Infração;

f) que requer o conhecimento e provimento do presente recurso voluntário, por qualquer um dos fundamentos aqui apresentados, a fim de que seja determinado o imediato e integral cancelamento do auto de infração em comento com a consequente desconstituição dos créditos tributários, bem como o restabelecimento dos saldos de prejuízo fiscal e base negativas utilizados pela autoridade lançadora.

A fls. 5525 e segs., a D. Procuradoria da Fazenda Nacional apresentou contrarrazões, nas quais, pelos fundamentos ali expendidos, requer seja negado provimento *in totum* ao recurso voluntário interposto pelo contribuinte, mantendo-se incólume o lançamento fiscal questionado.

É o relatório.

Voto

O recurso é tempestivo e foi subscrito por mandatários com poderes para tal, conforme art. 30 do Estatuto Social (a fls. 2026), razão pela qual voto pelo seu conhecimento.

Vale ressaltar que a recorrente reconheceu a procedência dos lançamentos referentes a “*adições não computadas de variações cambiais ativas em operações liquidadas (regime de caixa), bem como exclusão indevida e adição não computada de variação*”

cambial passiva em operação não liquidada (regime de competência)”, conforme expressamente declarado em sua impugnação, no parágrafo 4 a fls. 1890 e no parágrafo 416 a 419 a fls. 1992.

Assim, as questões postas em julgamento resumem-se à aplicação da norma de subcapitalização aos empréstimos contraídos pela recorrente e a glosa de despesa e de exclusão relativas à amortização do ágio, ou seja, itens 001, 003 e 005 do auto de infração do IRPJ e itens 001, 002 e 005 do auto de infração da CSLL.

De plano, observo que a Súmula CARF nº 2 dispõe que o CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

DA GLOSA DAS DESPESAS DE JUROS (SUBCAPITALIZAÇÃO)

Em preliminar, o recorrente alega que a decisão da DRJ é nula, pois deixou de analisar todos os fundamentos e documentos, por ele, apresentados.

Não procede a alegação, pois a DRJ se pronunciou sobre a questão, se não vejamos o seguinte excerto da decisão recorrida:

“Dessa forma, não se pode entender que em 2009, antes da IN RFB nº 1.037/2010, a Dinamarca teria um regime fiscal privilegiado, em assim, sendo para o ano-calendário de 2009 a glosa aqui analisada não tem razão de ser, e deve ser cancelada.

Por outro lado, em relação aos outros anos-calendário, em que pese as alegações da impugnante, a Dinamarca está prevista na IN RFB nº 1.037/2010 como sendo um país de regime fiscal privilegiado.

Quanto à APMM para a caracterização dela (mutuante) como pessoa jurídica sob regime fiscal privilegiado, primeiramente ela está constituída na Dinamarca, fato incontroverso. Segundo estar constituída como Holding Company, também fato incontroverso.

Quanto à empresa APMM exercer atividade econômica substantiva a alegação é basicamente que suas subsidiárias exercem atividades econômicas, contudo, a empresa APMM em questão parece que apenas tem participações em outras empresas.

Dessa forma, como a APMM não conseguiu provar que exerce atividade econômica substantiva, não há reparos adicionais a fazer nesta infração.”

O acórdão recorrido sustenta que a recorrente não demonstrou que a APMM exercia atividade econômica substantiva. Embora o voto do relator não esclareça o que ele entende por atividade econômica substantiva, sustentou que uma sociedade cujo objeto seja participar do capital de outras sociedades (*holding* pura) não exerce atividade econômica substantiva. Assim, pela interpretação da DRJ bastava restar demonstrado que a APMM (mutuante) era um *holding* pura domiciliada na Dinamarca, para se concluir que gozava de regime fiscal privilegiado, razão pela qual tornaram-se despidiendos todos os argumentos e provas apresentados pelo recorrente.

Assim, tendo a DRJ apresentado fundamento suficiente para a sua decisão, não estava obrigada a analisar cada um dos documentos e argumentos apresentados pelo recorrente, conforme pacífico entendimento dos nossos tribunais, muito bem resumido no seguinte acórdão:

“AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.130.754 - RS (2009/0122490-9)

RELATOR : MINISTRO HUMBERTO MARTINS

AGRAVANTE : VITASSIR ÂNGELO FERRAREZE

ADVOGADO : LUIZ JUAREZ NOGUEIRA DE AZEVEDO E OUTRO(S)

AGRAVADO : DARCI ÂNGELO TICIANI

ADVOGADO : CAITANO GATTO

EMENTA

1. A leitura do acórdão evidencia que a decisão foi proferida de maneira clara e precisa, contendo fundamentos de fato e de direito suficientes para uma prestação jurisdicional completa. **É cediço, no STJ, que o juiz não fica obrigado a manifestar-se sobre todas as alegações das partes, nem a ater-se aos fundamentos indicados por elas ou a responder, um a um, a todos os seus argumentos, quando já encontrou motivo suficiente para fundamentar a decisão, o que de fato ocorreu.**

(...)”.

Desta forma, afasto a preliminar de nulidade da decisão de primeira instância.

Por outro lado, no mérito, há que se analisar se basta demonstrar que a APMm era uma *holding* pura domiciliada na Dinamarca, para se concluir que ela gozava de regime fiscal privilegiado.

Inicialmente, cabe trazer a lume, a Instrução Normativa 1037/10, cujo inciso II do seu art. 2º assim dispõe:

“Art. 2º São regimes fiscais privilegiados:

(...)

II - com referência à legislação da Dinamarca, o regime aplicável às pessoas jurídicas constituídas sob a forma de *holding company* que não exerçam atividade econômica substantiva.

(...)”.

Há que se interpretar este dispositivo *cum granis salis*, pois concordo com o autuante quando sustenta que existem três condições para se considerar que, como base no dispositivo acima, uma pessoa jurídica esteja usufruindo de um regime fiscal privilegiado: primeiro, que esteja domiciliada na Dinamarca; segundo que seja uma *Holding Company*; e, terceiro, que não exerça atividade econômica substantiva. Ora, o fato de ser uma *holding* não pode ser tido, por si só, como razão para concluir que não exerça atividade econômica substantiva, pois, se assim fosse, bastava que a norma dispusesse sobre duas condições: *holding company* sediada na Dinamarca. Por essa razão, há que se perquirir o que seja “atividade econômica substantiva”, pois é incontroverso que a mutuante é uma *holding company* sediada na Dinamarca.

Inicialmente, ressalto que consta, no sítio da RFB na *Web*, a Consulta Pública RFB nº 007/2016, de 30/05/2016, cujo assunto é justamente: “Definição de atividade econômica substantiva para fins de identificação de regimes fiscais privilegiados”. Anexa a referida Consulta, consta uma exposição de motivos de minuta de instrução normativa, a qual vale ser trazida à colação:

“Em cumprimento ao dever institucional de atualização e melhoria dos atos normativos, identificou-se a necessidade de estabelecer uma definição para o termo “atividade econômica substantiva” para fins de identificação de regimes fiscais privilegiados, previstos no art. 2º da IN RFB nº 1.037, de 4 de junho de 2010, que relaciona países ou dependências com tributação favorecida e regimes fiscais privilegiados.

2. Diferentemente da classificação europeia das atividades empresariais em econômicas (compra e venda de bens e serviços) e não-econômicas (as outras), o conceito de substância econômica é fundamental para distinguir entre investimentos produtivos, que geram emprego e renda no país, e investimentos meramente especulativos, que visam apenas auferir ganhos sem contrapartida socioeconômica. Ao estabelecer critérios objetivos de recursos humanos e materiais compatíveis com as atividades realizadas, o conceito de substância econômica permite a extensão de incentivos fiscais a atividades essencialmente gerenciais, que não representam compra ou venda de bens ou serviços.

3. No âmbito do Projeto BEPS (Base Erosion and Profit Shifting), criado pelo G20 em parceria com a OCDE, com objetivo de prevenir a erosão da base tributável de lucros de garantir que as atividades econômicas estivessem sendo tributadas onde estivessem gerando valor, o conceito de substância econômica foi amplamente discutido, especialmente na Ação 5, que trata do combate às práticas tributárias danosas.

4. Desde a edição do relatório da OCDE sobre regimes preferenciais prejudiciais de 1998, há um consenso acerca da necessidade de que os regimes dos países não incentivem os contribuintes a realizarem operações ou acordos que tenham puramente o objetivo de reduzir tributo. A fim de combater de forma eficaz o uso de tais regimes, a Ação 5 condicionou a comprovação da atividade econômica substancial para que o regime não seja declarado prejudicial. No contexto do projeto BEPS, essa exigência contribui para assegurar que os lucros tributáveis em um país não sejam artificialmente deslocados para jurisdições de baixa tributação.

5. O Fórum de Práticas Danosas (FHTP- Forum on Harmful Tax Practices) no âmbito da OCDE também leva em consideração o critério da substância econômica para analisar se o regime fiscal privilegiado é prejudicial ou não. Dentre as abordagens utilizadas para se verificar se atividade desenvolvida pelo contribuinte é substantiva, tem-se a abordagem que requer que o contribuinte desenvolva atividades relacionadas a sua principal atividade (core business) e que sejam legalmente os proprietários dos ativos que dão origem ao benefício fiscal e, por fim, que os contribuintes suportem os riscos econômicos relacionados às atividades.

6. Assim, entende-se que uma holding que desenvolve atividade econômica substantiva é aquela possui, na jurisdição de seu domicílio, capacidade operacional compatível para exercer a gestão do grupo econômico. Especialmente para tomar decisões relativas à administração de seus ativos e de suas participações

societárias. Por fim, é importante destacar que a capacidade operacional é mensurada pela existência de instalações físicas e de número de empregados qualificados para exercer a administração do grupo de forma compatível com a complexidade das funções exercidas.

7. Essas são as razões que justificam a elaboração da instrução normativa que ora se submete a Consulta Pública.”.

Vale ressaltar o disposto no parágrafo 6 da exposição de motivos acima transcrita, segundo o qual entende-se que uma *holding* desenvolve atividade econômica substantiva quando:

a) possui, na jurisdição de seu domicílio, **capacidade operacional compatível para exercer a gestão do grupo econômico**, especialmente para tomar decisões relativas à administração de seus ativos e de suas participações societárias; e

b) que a capacidade operacional é mensurada pela existência de instalações físicas e de número de empregados qualificados para exercer a administração do grupo de forma **compatível com a complexidade das funções exercidas**.

A interpretação dada no parágrafo 6 da exposição de motivos foi seguida de uma proposta de instrução normativa nessa mesma linha, se não vejamos como dispõe seu art. 1º da minuta de IN:

“Art. 1º Para fins de identificação de regimes fiscais privilegiados previstos no art. 2o da Instrução Normativa no 1.037, de 4 de junho de 2010, entende-se que a pessoa jurídica legalmente constituída sob a forma de holding exerce atividade econômica substantiva **quando possui, no seu país de domicílio, capacidade operacional e instalações adequadas para o exercício da gestão e efetiva tomada de decisões relativas:**

I - ao desenvolvimento das atividades com o fim de obter rendas derivadas dos ativos de que dispõe, exceto rendas decorrentes da distribuição de lucro e do ganho de capital; ou

II - à administração de participações societárias com o fim de obter rendas decorrentes da distribuição de lucro e do ganho de capital.”

A interpretação acima é bem razoável, na medida em que não anulou o sentido da expressão “atividade econômica substantiva” e deu um conceito que reconhece a substância econômica de *holdings* puras, ou seja, de sociedades que se dedicam apenas a manter investimentos em outras empresas e, assim sendo, seu patrimônio é composto basicamente de ações de outras sociedades.

Tomando a interpretação proposta pela RFB na referida minuta como razoável, cabe agora perquirir as razões pelas quais o autuante entendeu que a recorrente não desenvolvia atividade econômica substantiva, ressaltando, conforme já dito, que, no acórdão recorrido, nenhuma definição foi dada ou citada sobre o que venha a ser “atividade econômica substantiva”.

No item 3.3 do TVF (a fls. 1754 e segs.), intitulado “Enquadramento da mutuante AP Moller – Maersk em regime fiscal privilegiado, o autuante sustenta que:

“Como visto no subtópico 3.1, há três requisitos para que se configure a mutuante AP MOLLER – MAERSK como uma pessoa jurídica sob regime fiscal privilegiado: (i) estar constituída na Dinamarca; (ii) sob a forma de holding company; e (iii) não exercer atividade econômica substantiva.

Quanto a estar constituída na Dinamarca, não há qualquer dúvida a respeito. Por exemplo: no item INI.25 do TIAF (fl. 6) foram solicitados os Contratos de Câmbio (CC) relativos ao empréstimo contraído junto à AP MOLLER – MAERSK. Não obstante a FISCALIZADA não ter fornecido todos os CCs que ampararam as operações, pode-se constatar, dentre os apresentados, a identificação da A.P. MOLLER – MAERSK A/S, na Dinamarca, como “pagador no exterior” (no caso de CC de compra = ingresso de dólares no Brasil – vide Figura 2) ou do “recebedor no exterior” (no caso de CC de venda = saída de dólares do Brasil – vide Figura 3). Como exemplo:

(...)

No que se refere a mutuante AP MOLLER – MAERSK tratar-se de uma holding company, a questão foi levantada no item 1.15 do TIF nº 1 (fl. 32). A resposta da FISCALIZADA, expressa no arquivo “DSU 184-2013 - Resposta à intimação 1.15.docx”, é inequívoca: “Informamos que a empresa A.P. Moller – Maersk A/S é sociedade constituída sob a forma de holding company da A.P. Moller – Maersk Group” (impressão à fl. 54).

A FISCALIZADA não respondeu de forma clara e direta à indagação principal elaborada pela fiscalização no item 1.16 do TIF nº 1 (fl. 32), qual seja, se a AP MOLLER – MAERSK explorou, a partir de 2009, alguma atividade empresarial que não apenas a participação no capital de outras sociedades.

Todavia, as informações prestadas não deixam dúvidas de que a holding company AP MOLLER – MAERSK não exerce diretamente atividade econômica substantiva. Senão, veja-se.

Na planilha “Breve História” do arquivo “1.16.xlsx” são citadas as principais áreas de atuação das empresas que compõem o grupo AP MOLLER – MAERSK:

O grupo A.P. Moller - Maersk foi fundado em 1904 na Dinamarca. Atualmente possui cerca de 108.000 funcionários em 130 países. O grupo tem presença global e é composto por empresas nos setores de navegação, energia e negócios similares. Suas frotas de transporte de contêineres, navios-tanque e serviços logísticos movem uma grande parte dos produtos que são diariamente distribuídos ao redor do globo. Suas empresas de óleo e gás fornecem energia de fontes na Europa, África e Oriente Médio. Outras unidades de negócio prestam serviços de abastecimento, perfuração de reboque e de emergência, e inclui ainda uma grande rede varejista européia.

No mesmo arquivo “1.16.xlsx”, agora na planilha “Item 1.16”, consta um rol das atividades em que atuam as empresas subsidiárias da holding AP MOLLER – MAERSK, bem como a

representatividade dessas atividades na receita bruta do grupo entre 2009 e 2012. Tais informações estão compiladas na Tabela 2 a seguir.

(...)

Sendo assim, os encargos decorrentes dos empréstimos tomados pela FISCALIZADA junto à AP MOLLER – MAERSK estão sujeitos ao limite de dedutibilidade de que trata o art. 25 da Medida Provisória nº 472, de 2009, convertida na Lei nº 12.249, de 2010.”.

Do trecho do TVF acima transcrito, fica claro que o autuante sustenta que a APMM, por ser uma *holding* pura, não exerce atividade econômica substantiva. Em outras palavras o autuante sustenta que a atividade de controlar outras empresas não se constitui um atividade econômica substantiva.

Ora, tomando a definição de “atividade econômica substantiva” proposta pela RFB como razoável, já teríamos que afastar de plano o entendimento sustentado no TVF, pois cabia ao autuante perquirir se a APMM tinha capacidade operacional e instalações adequadas, na Dinamarca, para o exercício da gestão e efetiva tomada de decisões relativas à administração das empresas que controla em mais de 130 países, com o fim de obter rendas decorrentes da distribuição de lucro e do ganho de capital. Nisso reside o maior equívoco da autuação em tela, pois não se pode negar substância econômica à atividade exercida por holdings puras, logo, o que se deveria ter investigado era se a APMM possuía capacidade operacional e instalações adequadas para atividades própria de uma *holding pura* com presença, por meio de suas contradas, em 130 países e com 108 mil empregados.

A instância julgadora pode determinar que se exclua uma parcela da base tributável e que se recalcule o tributo devido, ou mesmo determinar que se recalcule a base de cálculo considerando uma despesa dedutível ou uma receita como não tributável, mas não pode determinar que se refaça o lançamento a partir de outro critério jurídico que o altere substancialmente, mesmo porque, *in casu*, isso importaria em reabrir a investigação, para verificarmos qual a capacidade operacional e as instalações da APMM. Por essas razões, entendo que não restou demonstrado pela Fiscalização que a APMM não exercia atividade econômica substancial, razão pela qual entendo inaplicável na espécie o art. 25 da Medida Provisória nº 472, de 2009, convertida na Lei nº 12.249, de 2010.

Ademais, note-se que, no trecho do TVF acima referido, restou bem demonstrado que a APMM controla várias empresas com atuação na área de petróleo e gás, terminais, navios tanques e outros negócios, como também, que o grupo existe desde 1904 e emprega 108 mil funcionários. Assim, não se trata de uma holding que esteja a especular com a compra e venda de participações em outras empresas, mas de uma holding que representa um grupo que explora efetivamente atividades econômicas substantivas em específicos setores. Outras informações trazidas pela recorrente em sua impugnação, as quais, embora não tenham sido verificadas pelas autoridades julgadora de primeira instância nem analisadas pela fiscalização, vêm corroborar com esse entendimento, em especial, a alegação da recorrente de que o Acordo do Mar do Norte, firmado entre a APMM e o Ministério do Comércio e da Economia Dinamarquês, no ano de 2003, dispõe que a APMM e a Maersk Olie og Gas A/S detêm o direito de explorar petróleo (hidrocarboneto) do solo dinamarquês até o ano de 2042. Alerto que não consta dos autos a tradução juramentada do referido acordo - documento 12, razão pela qual o tomo como simples alegação.

Por essas razões, voto por dar provimento ao recurso voluntário neste ponto.

GLOSAS DE DESPESA E DE EXCLUSÃO RELATIVAS À AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO

Em preliminar de mérito, a recorrente alega que o Auto de Infração tem por objeto período já atingido pela decadência, já que no ano de 2014 não caberia mais as autoridades fiscais requalificar as operações societárias realizadas em 2005 e 2007.

Trata-se de um rotundo equívoco da recorrente, pois a decadência, como perda do direito potestativo de o Fisco efetuar o lançamento tributário, tem sempre como baliza, seja diretamente (art. 150, § 4º, do CTN) ou indiretamente (art. 173, I, do CTN), o fato gerador do tributo. Pelo art. 150, § 4º, do CTN, o *dies a quo* do prazo decadencial é a própria data do fato gerador do tributo, já, na regra do art. 173, I, do CTN, o primeiro dia do exercício seguinte ao que o Fisco poderia lançar, o que exige também que primeiro identifiquemos a data do fato gerador do tributo, para depois concluir quando o Fisco poderia ter efetuado o lançamento.

Ora, o recorrente tenta alterar a disciplina legal para sustentar que o marco do prazo decadencial tributário seria o fato gerador do ágio contabilizado, ou seja, a data do evento do qual resultou o registro contábil do ágio, o que é totalmente infundado. O fato gerador que fixa a decadência tributária é aquele que faz nascer o tributo e, o pagamento do ágio não gera qualquer impacto nas bases tributáveis do investidor naquele momento.

Ademais, a despesa com amortização do ágio é apenas um elemento que irá compor a base tributável do fato gerador em tela, sendo que todos os elementos que compõem tal base tributável são auditáveis pelo Fisco, logicamente, dentro do prazo decadencial fixado no CTN. É, por isso, que o legislador ordinário previu a obrigatoriedade de o contribuinte guardar a documentação comprobatória de eventos que possam impactar resultados tributáveis futuros, se não vejamos como dispõe o art. 37 da Lei 9.430/96.

Art. 37. Os comprovantes da escrituração da pessoa jurídica, relativos a fatos que repercutam em lançamentos contábeis de exercícios futuros, serão conservados até que se opere a decadência do direito de a Fazenda Pública constituir os créditos tributários relativos a esses exercícios.

Por essas razões, voto por afastar a preliminar de decadência.

No mérito, inicialmente, cabe esclarecer que, neste tópico, reside tanto a glosa de despesas com amortização do ágio na contabilidade; como a glosa de exclusão relativa a amortização do ágio controlado na parte B do Lalur (parcela do ágio que já havia sido amortizado contabilmente antes da incorporação).

Antes de adentrarmos no mérito, vale expor de maneira resumida as operações em tela, se não vejamos o que se segue.

A recorrente, antes denominada Teconvi S/A (alteração ocorrida na AGE de 15/10/2010) tinha o seu quadro societário assim formado:

- Cattaliini – 23,65%
- Fecajo – 0,92%
- Itajai Açú Participações – 7,54%
- Marcon – 21,34
- Consórcio Sta. Catarina, assim formado:
 - Andraus – 15,79%

- EEJ – 17,73%
- Kanian – 7,11%
- Bernadi – 5,91%

Por sua vez, o quadro societário de Itajaí Açú Participações era assim formado:

- Cattaliini – 25,58%
- Fecajo – 1,00%
- Marcon – 23,08%
- Consórcio Sta. Catarina, assim formado:
 - Andraus – 17,08%
 - EEJ – 19,18%
 - Kanian – 7,69%
 - Bernadi – 6,39%

Em 2005, a Cattalini adquiriu participações do Consórcio Sta. Catarina e de Marcon tanto na Teconvi como na Itajaí Açú e vendeu para a Technical (empresa do Grupo dinamarquês AP Moller Maersk): 2.817.500 ações da Teconvi e 390.000 ações da Itajaí-açu. Nesta operação, a Technical registrou um ágio pago na aquisição no valor de R\$ 70.716.331,70 (vide TVF a fls. 1766).

Em 2007, a Technical detinha 46,23% do capital social da Teconvi e 50% do capital social da Itajaí Açú. Da mesma forma, a Cattalini detinha 46,23% do capital social da Teconvi e 50% do capital social da Itajaí Açú. A Itajaí Açú detinha 7,54% do capital social da Teconvi. Neste ano, a Itajaí Investimentos - empresa controlada pelo mesmo grupo dinamarquês que controlava a Technical - adquiriu as participações da Cattalini tanto na Teconvi como na Itajaí Açú e registrou um ágio de R\$ 59.736.222,20 na aquisição das ações da Teconvi (vide TVF a fls. 1769).

Após essas operações, tanto a Tecnical como a Itajaí Investimentos detinham cada uma 50% da Itajaí Açú e 46,23% da Teconvi (lembrando que a Itajaí Açú detinha 7,54% da Teconvi).

Seguem-se, então, várias operações, das quais, para a questão posta em julgamento, cabe apenas ressaltar que a Teconvi incorporou, em 30/11/2007, a Technical e a Itajaí Açú e, em 30/11/2009, a Itajaí Investimentos.

Conforme o TVF a fls. 1762, a glosa das amortizações de ágio são fundamentadas em quatro pontos:

- “i) Inexistência de documentos contemporâneos às aquisições que atestassem a suposta rentabilidade futura, contrariando expressa previsão legal. Os “Relatórios de Avaliação” adotados pela FISCALIZADA foram elaborados após as aquisições (subtópico 4.4 do TVF);
- ii) Desvirtuamento do verdadeiro fundamento do ágio, qual seja, a mais valia da concessão para operar as instalações do Porto de Itajaí até dezembro/2025. Trata-se de um ativo intangível para o qual a legislação fiscal não autoriza a amortização (subtópico 4.5 do TVF);

- iii) Os “Relatórios de Avaliação” terem se baseado exclusivamente em pressupostos e estimativas fornecidos pela Administração da empresa, o que levou a expectativas de rentabilidade futura desarrazoadas, senão impossíveis (subtópico 4.6 do TVF); e
- iv) As aquisições terem sido realizadas por investidor estrangeiro, o qual valeu-se de “empresas veículo” constituídas no País visando exclusivamente ao aproveitamento fiscal do ágio (subtópico 4.7 do TVF).”.

Quanto à inexistência de documentos contemporâneos às aquisições que atestassem a suposta rentabilidade futura, cabe inicialmente, trazer à colação a norma do RIR/99 na qual a Fiscalização se baseou, *in verbis*:

“Art. 385. *Omissis*.

(...)

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

(...)

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

(...)

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

É importante observar que a norma não prevê uma forma pela qual a demonstração deva ser feita. Além disso, a norma não fala expressamente sob contemporaneidade, mas é lógico que, se o contribuinte não tivesse guardado as informações, não teria como formalizar uma demonstração quando solicitado pelo Fisco, o que poderia ocorrer enquanto não decaídos os fatos geradores cujas bases tributáveis foram impactadas pela amortização do ágio. Assim, o contribuinte não pode deixar para elaborar tais demonstrações quando e se for intimado pelo Fisco a fazê-lo, pois seja laudo ou qualquer outra forma escolhida para responder ao Fisco, as informações deverão guardar coerência com o contexto fático do momento em que se deu a operação da qual resultou o registro do ágio.

No caso em tela, note-se que o Termo de Início de Fiscalização data de 03/10/2013 e os dois laudos de avaliação elaborados pela Price WaterHouseCoopers (doc. a fls. 965 a 1095) foram elaborados em 15 de outubro de 2007, do que se conclui que não foram elaborados *ad hoc* para atender a Fiscalização em tela.

No que tange à aquisição pela Itajaí Investimentos das ações tanto da Teconvi como da Itajaí Açú, ocorrida em junho de 2007, a situação ainda é mais tranquila, pois não há como falar em falta de contemporaneidade se o laudo foi elaborado em outubro de 2007.

Quanto à aquisição pela Technical das ações tanto da Teconvi e da Itajaí Açú, ocorrida em junho de 2005, parece de todo razoável que o contribuinte tivesse esse cuidado de suportar o fundamento do ágio, o qual já estava registrado em sua contabilidade,

em laudos de empresa de auditoria independente, já que, com as incorporações que viriam a ocorrer posteriormente, a amortização do ágio passaria a impactar bases tributáveis e, logicamente, o contribuinte passaria a estar sujeito a ter que demonstrar o fundamento do ágio ao Fisco a qualquer momento, como terminou por ocorrer em 2013. Assim, aquilo que era antes estudos internos ou mera demonstração da recorrente ou de seus controladores estrangeiros passou a ser laudos emitidos por uma auditoria independente.

Por essas razões, afasto o argumento da Fiscalização acerca da falta de contemporaneidade dos laudos de avaliação apresentados pela recorrente, para justificar o fundamento do ágio por ela amortizado.

Quanto ao segundo argumento da Fiscalização para justificar as glosas de despesa/exclusão relativa à amortização do ágio, o qual reside no entendimento de que o ágio em tela teria como fundamento a mais valia da concessão para operar as instalações do Porto de Itajaí até dezembro/2025, também, não procede, se não vejamos o que se segue.

Primeiro, o autuante se equivoca em algumas colocações, mormente, quando mistura os conceitos de ágio por expectativa de rentabilidade futura do DL 1.598/77 (antes das alterações que lhe foram feitas pela Lei 12.973/14) com o *goodwill* de que trata a Lei 11.638/07. É um rotundo engano, por vários motivos, por exemplo, só há falar em *goodwill* da Lei 11.638/07 em combinação de negócios, já o ágio por expectativa de rentabilidade futura do DL 1.598/77 (antes da Lei 12.973/77) pode ocorrer independentemente de haver ou não transferência de controle.

Outra importante diferença é que o *goodwill* é residual já que é obrigatória a avaliação a valor justo dos ativos da adquirida em caso de combinação de negócios, por sua vez, o ágio por expectativa de resultado futuro em tela não é necessariamente residual, pois não havia exigência na legislação tributária de avaliação dos ativos da adquirida a valor de mercado. Assim, não havia qualquer obrigação das compradoras (Technical e Itajaí) de avaliar qualquer ativo das adquiridas (Teconvi e Itajaí Açú) a valor de mercado.

Ademais, o autuante se equivoca quando alega que a recorrente deveria ativar um intangível referente à uma concessão do Porto de Itajaí. Da simples leitura do contrato a fls. 762 e segs., facilmente se verifica que não se trata aqui de um contrato de concessão típico, como sustentou o autuante. Se, por um lado, contrato é denominado como um arrendamento, inclusive tratando as partes como arrendatária e arrendador, por outro lado, o objeto vai muito além de um simples arrendamento, além do que o preâmbulo do contrato faz referência à Lei 8.630/93.

Sobre a natureza jurídica que se estabeleceu entre a Teconvi e Superintendência do Porto de Itajaí, é bastante esclarecedor o seguinte trecho do artigo da lavra de Flávio Amaral Garcia e Rafael Vêras de Freitas, publicado na Revista de Direito Público da Economia – RDPE nº 47, p. 96 e segs., *in verbis*:

“O sistema de exploração da infraestrutura portuária se inicia a partir do art. 20, VII, da Constituição Federal:

Art. 20. São bens da União: [...]

VII – os terrenos de marinha e seus acrescidos;

Esses terrenos fronteiriços ao oceano sempre possuíram uma afetação natural à defesa do território nacional e à construção de instalações portuária. Sua definição remonta ao Aviso Imperial de 12 de julho de 1833, que neles incluía todos os terrenos “que, banhados pelas águas do mar ou dos rios navegáveis, em sua foz, vão até a distância de 33

metros para a parte das terras, contados desde o ponto em que chega o preamar médio”.

Essa qualificação dos terrenos de marinha como um bem público federal tem como consequência prática a necessidade de os interessados em explorar infraestruturas portuárias terem de requerer ao Serviço do Patrimônio da União (SPU) um título habilitante para tanto, usualmente materializado por contratos de aforamento, consoante determina o disposto no art. 9º do Decreto nº 9.760, de 05 de setembro de 1946.

Prosseguindo, o art. 22, X, da Carta Constitucional confere à União a competência privativa para legislar sobre o regime dos portos:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: [...]

X – regime dos portos, navegação lacustre, fluvial, marítima, aérea e aeroespacial;

E, complementando o desenho constitucional da infraestrutura portuária, o art. 21, XII, “f”:

Art. 21. Compete à União: [...]

XII – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: [...]

f) os portos marítimos, fluviais e lacustres;

Ora bem, extrai-se do dispositivo constitucional uma dualidade de regimes jurídicos para a exploração da infraestrutura portuária: o dos serviços públicos e a das atividades econômicas.

Exposto em outros termos, quando a exploração dos serviços portuários for delegada para o setor privado, por meio dos institutos da “concessão” e da “permissão”, ter-se-á, consoante o disposto no art. 175 da Constituição da República, a delegação de um serviço público, os quais serão informados pelo conceito constitucional de serviço público adequado (art. 175, parágrafo único, IV, da CRFB). Por outro lado, quando a exploração desses serviços for delegada pela via da “autorização”, tratar-se-á uma atividade econômica em sentido estrito, que sofrerá os influxos da regulação estatal.

O ponto será doravante aprofundado, mas pretende-se, à partida, fixar a premissa de que foi a própria Constituição da República que previu duas modalidades com contornos distintos de exploração dos serviços portuários.

A rigor, o legislador infraconstitucional apenas deu concretude a uma diretriz extraída do texto constitucional. Daí poder-se afirmar que, tanto o regime instituído pela revogada Lei nº 8.630/1993, como o da novel Lei nº 12.815/2013, ao preverem uma dualidade de regime para a exploração portuária, **por meio de concessões e de autorizações, não estão inquinados pela pecha da inconstitucionalidade.**

É dizer: a “autorização” para o exercício de uma atividade privada de interesse público não subverte a ordem constitucional brasileira; ao revés, materializa uma ponderação entre o princípio da liberdade de iniciativa (fundamento da República e da ordem econômica, artigos 1º, IV, e 170 da CRFB), e o exercício da função de polícia administrativa, função estatal atrelada ao princípio da legalidade administrativa (previsto no art. 37 da CRFB).

O Marco Regulatório do Setor Portuário — tanto o revogado como o em vigor — foi elaborado com a incorporação das mutações

ocorridas no Direito Administrativo Econômico e, em especial nos contornos do “serviço público”, agora orientado por uma lógica predominantemente concorrencial.

(...)

Sob a égide da Lei nº 8.630/1993, como já demonstrado, a exploração da infraestrutura portuária era levada a efeito por **contratos de arrendamento** e por autorizações para a exploração de terminais privativos. **Aqueles prestadores de serviços públicos**; estes exploradores de atividades econômicas em sentido estrito.

Havia, ainda, outra peculiaridade na assimetria regulatória consagrada no diploma revogado: a exploração privada de infraestruturas portuárias ocorria por intermédio de terminais privativos de uso exclusivo, destinados à movimentação da “carga própria”, e de terminais privativos de uso misto, destinados à movimentação de “carga própria” e de “carga de terceiro”.

(...)

Como se sabe, sob a vigência da Lei nº 8.630/1993, o conceito de “Porto Organizado” estava relacionado à afetação de uma infraestrutura à prestação dos serviços portuários, tanto os de natureza pública, prestados por arrendatários, como os de natureza de atividade econômica em sentido estrito, prestados pelos autorizatários (então terminais privativos), sendo ambos sujeitos às determinações de uma autoridade portuária.

(...)

Mas ressalte-se que, malgrado o concessionário exerça a função de polícia administrativa, isso não desvirtua a qualidade de delegação de serviços públicos da concessão do Porto Organizado, como ressaltado por Marçal Justen Filho, ainda sob a égide da Lei nº 8.630/1993:

A concessão de porto significa a delegação à iniciativa privada da competência (dever-poder) para organizar e explorar esse conjunto heterogêneo de atividades, bens e sujeitos, tendo por objeto a instituição e a exploração de um porto. Portanto, continuará a existir um porto público, mas a sua gestão far-se-á por meio de atuação de um particular.

A concessão do porto significa a instituição de uma unidade econômica disciplinada pelo direito privado. E assim se afirma precisamente porque o instituto da delegação não altera a natureza jurídica do objeto delegado.

(...)

Nos termos do art. 2º, XI, da Lei nº 12.815/2013, o contrato de arrendamento das instalações portuárias se configura como a “cessão onerosa de área e infraestrutura públicas localizadas dentro do Porto Organizado, para exploração por prazo determinado”.

Não se trata de um típico contrato de arrendamento de bem público, por meio do qual o arrendatário explora os frutos de determinada propriedade pública, mediante condições especiais, aprovadas pelo Ministro da Fazenda, por prazo superior a 20 anos (art. 96, parágrafo único, do Decreto-Lei nº 9.760/1946, com a redação dada pela Lei nº 11.314/2006).

Cuida-se, na verdade, de um contrato que veicula um serviço público, por meio do qual a Administração pública transfere não só o uso de determinado bem público, mas, também, a prestação de um serviço de sua titularidade (art. 21, XII, “f”, da CRFB).

Nesse sentido, importante relembrar o entendimento de Alexandre Santos de Aragão sobre os contratos de arrendamento sob a vigência da Lei nº 8.630/1993, mas que continua, plenamente, compatível com a sua disciplina no Novo Marco Regulatório:

“Atreladas ao arrendamento encontram-se exigências relativas a quantidades, padrões e metas mínimas, e que a exploração e percepção de frutos decorrentes desse serviço pelo particular constituem um dever, e não apenas uma faculdade oferecida ao arrendatário, não tendo essa liberdade sobre a forma como melhor aproveitar a exploração do bem concedido.

À medida que tais contratos são celebrados em parcelas territoriais do “Porto Organizado”, é possível assentar que tais ajustes têm natureza de uma subconcessão de serviços públicos, posto que estão, necessariamente, vinculadas à concessão do serviço público portuário, prestado na infraestrutura do “Porto Organizado”; daí por que se aplica a tais contratos, supletivamente, o art. 26 da Lei nº 8.987/1995, a seguir transcrito:

Art. 26. É admitida a subconcessão, nos termos previstos no contrato de concessão, desde que expressamente autorizada pelo poder concedente.

§1º A outorga de subconcessão será sempre precedida de concorrência.

§2º O subconcessionário se sub-rogará todos os direitos e obrigações da subconcedente dentro dos limites da subconcessão.

Mas não se trata de uma subconcessão de serviços públicos tradicional, na qual não existe vínculo jurídico de Direito Público entre concessionário e subconcessionário.

O arrendamento portuário se configura como o que Marçal Justen Filho denomina de uma “subconcessão imprópria”, na medida em que o concessionário exercerá a função de autoridade portuária, exercendo parcela da função de polícia administrativa em face dos arrendatários (art. 4º, I e II, do Decreto nº 8.033/2013).

Outra razão pela qual se entende que o arrendamento portuário tem natureza jurídica de uma subconcessão imprópria é a que estabelece, nos contratos de arrendamento portuário, uma relação direta entre Poder Concedente (a União) e os subconcessionários (arrendatário). E isso se justifica, pois o arrendatário irá prestar um serviço público de titularidade da União.”

A Cláusula Quarta do contrato em tela expressamente dispõe que a exploração do terminal pela recorrente far-se-ia no regime previsto na letra “b” do inciso II do § 2º do art. 4º de tal Lei 8.630/93, ou seja, na modalidade de uso privativo misto das instalações portuárias - destinados à movimentação de “carga própria” e de “carga de terceiro, razão pela qual, concluo que estamos diante de uma subconcessão imprópria de serviços públicos. Não estamos diante nem de um simples arrendamento de bem público nem de uma concessão ou subconcessão tradicional, mas, sim, de uma subconcessão imprópria.

Uma vez concluído que estamos a tratar de uma subconcessão imprópria de serviços públicos, cabe verificar se estaria a recorrente autorizada, pela legislação tributária, a adotar contabilização do contrato da forma como sugere o autuante.

O art. 325, I, b, do RIR/99, cuja base legal é o art. 58 da Lei 4.506/64, assim dispõe:

“Art. 325. Poderão ser amortizados:

I - o capital aplicado na aquisição de direitos cuja existência ou exercício tenha duração limitada, ou de bens cuja utilização pelo contribuinte tenha o prazo legal ou contratualmente limitado, tais como:

(...)

b) investimento em bens que, nos termos da lei ou contrato que regule a concessão de serviço público, devem reverter ao poder concedente, ao fim do prazo da concessão, sem indenização;

”

A Cláusula Décima-Oitava do Contrato em tela dispõe que a arrendatária deverá realizar investimentos no terminal, compreendendo a execução de obras de infraestrutura e aparelhamento das instalações a serem arrendadas, nos prazos e nas condições definidas. Isso, porém, não quer dizer que a recorrente pudesse registrar no ativo tais investimentos antes de eles serem executados ou os bens adquiridos, como se fossem um direito concessão.

Nas Cláusulas 22ª, 23ª e 24ª do contrato de arrendamento *sub examine*, verificamos que a remuneração ali estabelecida é tipicamente vinculada ao uso do bem pela sua exploração econômica e, não, pela aquisição do direito de exploração do serviço portuário. É verdade que está previsto um pagamento de parte da remuneração pelo arrendamento no momento da assinatura do contrato, conforme item 2 da Cláusula 23ª. Todavia, fica clara que se trata uma mera antecipação do arrendamento, mas, ainda que essa parcela tivesse que ser ativada, não seria como sugerido pelo autuante.

Com efeito, não houve capital aplicado na aquisição do direito de exploração dos serviços no momento da assinatura do contrato, logo, à luz do art. 325, I, do RIR/99, não havia que ser feito qualquer registro no ativo a título de intangível. Ademais, conforme já dito, ainda que a investida o tivesse ativado da forma como sugere o autuante, não estava obrigado o investidor a avaliar os ativos da investida a valor de mercado.

O terceiro ponto levantado pela Fiscalização também não procede, pois o autuante tenta desqualificar os laudos elaborados pela PWC por meio da metodologia do fluxo de caixa descontado, pela comparação entre índices de retorno de capital investido (ROIC - return on invested capital, índice obtido pela divisão do NOPLAT¹ pelo capital investido) por ele calculado com base em dados projetados nos laudos de avaliação da Teconvi em 2007, com o ROIC apurado em 2009 e 2013 pela APM Terminals B.V., com base em suas demonstrações financeiras (vide figuras 21 e tabelas 9 e 10 do TVF a fls. 1783 a 1785).

Primeiro, a metodologia do fluxo de caixa descontado é amplamente aceita, inclusive é um dos métodos de avaliação aceitos pela CVM, conforme expressamente dispõe o § 4º do art. 4º da Lei 6.404/76, in verbis:

“Art. 4º Para os efeitos desta Lei, a companhia é aberta ou fechada conforme os valores mobiliários de sua emissão estejam ou não admitidos à negociação no mercado de valores mobiliários.

¹ Net operating profits less adjusted taxes.

(...)

§ 4o O registro de companhia aberta para negociação de ações no mercado somente poderá ser cancelado se a companhia emissora de ações, o acionista controlador ou a sociedade que a controle, direta ou indiretamente, formular oferta pública para adquirir a totalidade das ações em circulação no mercado, por preço justo, ao menos igual ao valor de **avaliação da companhia, apurado com base nos critérios**, adotados de forma isolada ou combinada, de patrimônio líquido contábil, de patrimônio líquido avaliado a preço de mercado, **de fluxo de caixa descontado**, de comparação por múltiplos, de cotação das ações no mercado de valores mobiliários, ou com base em outro critério aceito pela Comissão de Valores Mobiliários, assegurada a revisão do valor da oferta, em conformidade com o disposto no art. 4o-A.”.

Segundo, o autuante não aponta qualquer erro na aplicação do CAPM (capital asset pricing model), método utilizado pela PWC para o cálculo da taxa de desconto.

Terceiro, o ROIC utiliza apenas informações apuradas nas demonstrações contábeis da empresa, ou seja, no seu cálculo busca-se o retorno sobre o capital investido em ativos já existentes e assim assume-se que o valor contábil da dívida e do capital próprio englobará corretamente esse investimento. Ora, o ROIC calculado sobre valores projetados altera totalmente a inteligência de tal índice, o que merecia um aprofundamento do estudo, para se saber até que ponto esse indicador poderia ser utilizado como referencial para análise da qualidade de avaliações de empresas pelo FCD. Todavia, há que se reconhecer a criatividade do auditor.

Quarto, o autuante alega que: *“A análise prospectiva da administração da empresa sobre o movimento do Porto de Itajaí tomada como premissa na elaboração dos “Relatórios de Avaliação” foi também muito positiva. Esperava-se um incremento de 15% em 2006, 10% ao ano em 2007 e 2008, 7% ao ano entre 2009 e 2015 e 5% ao ano a partir de 2016 e até 2025, prazo final da concessão”*. Ora, o autuante não fundamenta com dados objetivos porque considerou tal previsão tão otimista em 2005 e 2007, a não ser que tudo se resume ao ROIC por ele calculado sobre valores futuros estimados.

Em uma das premissas que constam do laudo referente a 2005 (a fls. 988), a administração projetou um aumento de 19,2% no seu mercado em 2005, o que estava abaixo do seu crescimento histórico de 20,9% em 2004 e de 39,4% em 2003, por outro lado, diz também o laudo que, de 2007 em diante, esperava-se que a margem de EBITDA aumentasse consistentemente de 27,8% até 32,4% em 2025, devido a ganhos de escala (aumento de quantidade de movimentações e, portanto, diluição de custos fixos e de despesas), melhores níveis de produtividade a serem obtidos como novos e mais eficientes equipamentos, como novas empilhadeiras e guindastes. O autuante não explica onde estavam os exageros em tais premissas e em nenhuma outra.

Por outro lado, ressalte-se que o otimismo foi realmente uma marca da economia brasileira em 2007, quando o PIB brasileiro cresceu 6,1% (lembrando que, em 2008, o PIB cresceu 5%). Ademais, a grande dificuldade para a avaliação de uma empresa pela metodologia do fluxo de caixa descontado decorre do fato de que, para fazer a estimativa do fluxo de caixa futuro de uma empresa, é necessário que se tenha uma estimativa do comportamento da economia nos próximos anos e, caso essa estimativa não se confirme, é evidente que o resultado obtido será afetado, em razão de erros na previsão de variáveis que influenciaram o fluxo de caixa da empresa avaliada.

Por último, há que se lembrar que tais laudos de avaliação com base em FCD guarda uma grande subjetividade, conforme se pode constatar da simples leitura do seguinte excerto do TVF:

“Pelo até aqui exposto, percebe-se que a parcela mais importante das avaliações, o somatório dos “fluxos de caixa descontados”, é obtido da aplicação das taxas de desconto aos “fluxos de caixa líquidos” projetados para cada ano (fl. 1017 e fl. 1092).

Fluxo de caixa líquido (valor futuro) - taxa de desconto → Fluxo de caixa descontado (valor presente)

Os “fluxos de caixa líquidos”, por sua vez, correspondem à soma algébrica de cada ano das seguintes variáveis:

EBITDA + IRPJ e CSLL + res. financeiro + variação no capital de giro + investimentos + variação da dívida

A variável “resultado financeiro” é obtida diretamente de projeções feitas pela Administração. Da mesma forma é a variável “investimentos”, cujo valor corresponde à projeção das necessidades de aquisição de equipamentos e expansão da infraestrutura do Porto. Essa variável, em conjunto com as estimativas despesas de depreciação e amortização, impactam o valor do grupo patrimonial “Ativo Permanente”.

O EBITDA tem como ponto de partida o lucro da empresa. É valor do lucro sem se considerar juros, impostos, depreciação e amortização. **Portanto, é consequência das receitas, custos e despesas projetadas para cada ano.**

A parcela “variação no capital de giro” corresponde à diferença do capital de giro líquido entre os anos 20X2 e 20X1. Capital de giro líquido, por sua vez, é a diferença entre o Ativo Circulante e o Passivo Circulante dentro de um mesmo ano.

A parcela “variação da dívida” é a diferença do Passivo de Longo Prazo dos anos 20X2 e 20X1.”

Como se vê, trata-se de laudo que parte de muitos valores projetados pela administração da empresa, logo, ainda que aceitemos como válida a alegação do autuante de que houve otimismo exacerbado por parte da recorrente ao fazer as suas projeções, qual a norma infringida por ela? Ademais, a constatação de que houve uma projeção superestimada de alguma premissa, pode levar a nulidade do laudo que avaliou a empresa? E pior, significaria por desconsiderar todo o ágio, ou seja, desconsiderar todo o valor pago a maior do que o valor patrimonial contábil da investida? Caso contrário, em quanto deveria ser fixado o ágio por expectativa de rentabilidade futura?

Ora, não me parece que houvesse na legislação fiscal nem autorização nem parâmetros para que a Fiscalização refizesse o laudo de avaliação de empresas a partir de suas considerações sobre as premissas pelas quais ele foi elaborado. Em boa hora, a Lei 12.973/14 transformou o ágio por expectativa de resultado futuro em residual e, assim sendo, tornou obrigatório apenas o laudo da mais valia.

O quarto ponto levantado pelo autuante reside na alegação de que a Technical e a Itajaí Investimentos seria empresas veículos. Note-se inicialmente, que os autuantes não enquadraram a conduta como simulação ou fraude, tanto que não houve qualificação da multa, assim fica a questão: qual a natureza jurídica do termo “empresa veículo”? Não há nos autos qualquer esclarecimento.

Pela narrativa do autuante, o que se depreende é que os investidores estrangeiros, ao invés de adquirirem diretamente as empresas brasileiras, resolveram aportar capital em subsidiárias brasileiras, para que estas adquirissem com ágio as empresas visadas e posteriormente, com as incorporações reversas, as adquiridas pudessem se valer da

dedutibilidade da amortização do ágio. Ora, qual o ilícito de tal conduta? Nenhum, pois são caminhos permitidos pela legislação tributária.

Todavia, o autuante entende que o verdadeiro adquirente (quem pagou pelo ágio) das empresas adquiridas foi o controlador estrangeiro, desconsiderando assim a personalidade jurídica da Technical e da Itajaí Investimento, para então, concluir que não se aplicaria a norma do art. 7º da Lei 9.532/97 (aqui ele se confunde, pois a norma aplicável na espécie é o art. 8º que trata de incorporações reversas), porque não teria havido a reunião do patrimônio de quem pagou pelo ágio e o patrimônio da sociedade que presumivelmente vai gerar os lucros justificadores desse pagamento.

Com base em que norma legal, um Auditor-Fiscal desconsidera a personalidade jurídica de uma sociedade regularmente constituída? Certamente, não é com base no parágrafo único do art. 116 do CTN, pois esse além de inaplicável por falta de regulamentação, só admite a desconsideração de atos ou negócios jurídicos. Não me parece que se possa tomar personalidade jurídica como sinônimo de negócio jurídico, razão pela qual tal dispositivo não autoriza, por via oblíqua, a Autoridade Fiscal a desconsiderar contratos ou estatutos sociais de sociedades, ainda que regulamentado estivesse. O mais grave, porém, é que, talvez por falta de qualquer suporte legal, o autuante passa ao largo dessa questão.

Por essas razões, voto por dar provimento ao recurso voluntário também neste ponto.

Em face do exposto, voto por dar provimento ao recurso voluntário.

Alberto Pinto Souza Junior - Relator

Declaração de Voto

Conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado.

No julgamento da matéria relacionada à glosa de amortização de ágio divergi do relator do acórdão especificamente no ponto em que trouxe o entendimento de que os laudos apresentados pelo contribuinte, ainda que emitidos após as operações de aquisição do investimento, realizada em junho de 2005 e junho de 2007, seriam hábeis para justificar o reconhecimento do ágio com base na expectativa de rentabilidade futura, na medida em que os laudos foram elaborados em outubro de 2007 e a fiscalização somente teve início em 03/10/2013.

Com a devida vênia, penso que se a lei não estabeleceu uma forma específica para a demonstração de que o ágio pago tem fundamento na expectativa de rentabilidade futura, com vistas a sua dedutibilidade, deixou meridianamente claro que esta demonstração deveria existir ao menos na data do seu reconhecimento contábil. É o que dispõe o § 3º do art. 385 do RIR/1999, *verbis*:

“Art. 385. Omissis.

(...)

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

(...)

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

(...)

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

Ora, o lançamento contábil deve ser realizado na data dos fatos. Como realizá-lo sem uma demonstração de que a diferença paga decorre de tal expectativa de rentabilidade e não de outro fundamento econômico?

Não se está a exigir que o contribuinte apresente um laudo específico, mas ao menos um documento que demonstre que o valor pago pelo investimento acima que espelha o patrimônio líquido decorre de um projeção de rentabilidade por um dado período, que justifique o pagamento do ágio. É evidente que se o investidor pagou mais do que espelhava o patrimônio líquido da empresa investida deve ter razões econômicas para tê-lo feito. E é intuitivo que este foi o fator determinante para ser pago um sobrepreço.

Ocorre que existem outros fatores econômicos, além da rentabilidade futura que podem justificar o ágio pago e apenas a este último é autorizada legalmente a dedução de sua amortização antes mesmo da sua alienação ou extinção.

Assim, entendo que, à míngua de outros elementos de demonstração, um laudo de avaliação elaborado meses ou anos após a realização do investimento, como no presente caso, não se constitui em documento hábil para justificar o lançamento do ágio, conforme previsto no §3º do art. 385 do RIR/1999.

Por tais razões, com a devida vênia do relator, votei no sentido de negar provimento ao recurso voluntário.

Conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado