



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

Processo nº 16561.720025/2014-11
Recurso nº Embargos
Acórdão nº 1402-002.890 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 20 de fevereiro de 2018
Matéria IRPJ - AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO
Embargante HYPERMARCAS S.A.
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2009, 2010, 2011, 2012

ERRO FORMAL. CONSTATAÇÃO. CORREÇÃO.

Se alegado erro formal de escrita na decisão administrativa por um dos legitimados a opor embargos, deve-se corrigi-lo para fins de maximizar a efetividade dos princípios da ampla defesa e do contraditório.

ORDEM DOS ARGUMENTOS. OMISSÃO NÃO CARACTERIZADA.

Não resta caracterizada a omissão quando o julgador, em sua fundamentação, não segue a mesma ordem dos argumentos trazidos pelo contribuinte para solucionar a controvérsia. Importa, na realidade, que todos os argumentos sejam analisados, sendo irrelevante a ordem em que se apresentem no papel.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, dar provimento parcial aos embargos de declaração, sem efeitos infringentes, para sanear os erros formais alegados pela Embargante, rerratificando-se o teor do Acórdão 1402-002.215. Declarou-se suspeito o Conselheiro Lucas Bevilacqua Cabianca Vieira.

(assinado digitalmente)

Leonardo de Andrade Couto - Presidente.

(assinado digitalmente)

Demetrius Nichele Macei - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Paulo Mateus Ciccone, Caio Cesar Nader Quintella, Marco Rogério Borges, Eduardo Morgado Rodrigues, Evandro Correa Dias, Lucas Bevilacqua Cabianca Vieira, Demetrius Nichele Macei e Leonardo de Andrade Couto (Presidente). Ausente justificadamente o Conselheiro Leonardo Luis Pagano Gonçalves.

Relatório

Trata-se de processo administrativo instaurado pela impugnação da fiscalizada quanto à cobrança fiscal de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS, dos anos-calendário de 2009 a 2012, que considerou conjuntamente os juros de mora e multa de ofício qualificada, no valor total de R\$ 4.971.350,31.

A cobrança exarada por meio de auto de infração e dois termos de verificação fiscal pautou-se na constatação, mediante fiscalização, de que a pessoa jurídica Erches adquiriu as ações da ora Embargante com ágio, e que aquela teria sido adquirida pela empresa mexicana Maiorem sem preencher adequadamente o requisito do propósito negocial, o que caracterizaria a adquirente como uma empresa veículo, posto que, segundo o termo de verificação fiscal, o único e real motivo para tal aquisição seria a dedução da despesa com a amortização do ágio.

A ora Embargante também foi glosada com a qualificação da multa de ofício, com fulcro no artigo 72, da Lei nº 4.502/1964 (fraude).

Sua impugnação foi julgada parcialmente procedente na primeira instância (acórdão nº 14-54.756) e, em segunda instância, a fiscalizada recebeu provimento parcial ao seu recurso voluntário. Esta última decisão – identificável pelo nº 1402-002.215 – reduziu a multa qualificada para o patamar de 75%, acolheu a decadência em relação ao ano-calendário de 2007 e negou provimento ao recurso de ofício.

Tal decisão restou assim ementada:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Exercício: 2009, 2010, 2011, 2012

AUDITORIA FISCAL. PERÍODO DE APURAÇÃO ATINGIDO PELA DECADÊNCIA PARA CONSTITUIÇÃO DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO. VERIFICAÇÃO DE FATOS, OPERAÇÕES, REGISTROS E ELEMENTOS PATRIMONIAIS COM REPERCUSSÃO TRIBUTÁRIA FUTURA. POSSIBILIDADE.

O Fisco pode verificar fatos, operações e documentos, passíveis de registros contábeis e fiscais, devidamente escriturados ou não, em períodos de apuração atingidos pela decadência, em face de comprovada repercussão no futuro, qual seja: na apuração de lucro líquido ou real de períodos não atingidos pela decadência.

ÁGIO. SIMULAÇÃO. INDEDUTIBILIDADE. OPERAÇÕES SEM PROPÓSITO NEGOCIAL.

Nas operações estruturadas em seqüência, o fato de cada uma delas, isoladamente e do ponto de vista formal, ostentar legalidade, não garante a legitimidade do conjunto das operações, quando restar comprovado que os atos foram praticados sem propósito negocial, vez que não houve no presente caso a incorporação da real investidora, afastando a possibilidade da amortização do ágio pago na aquisição.

MULTA QUALIFICADA.

Não há que se falar em multa qualificada, pois à época da realização dos atos societários com vistas ao aproveitamento do ágio, não havia entendimento consolidado neste Conselho sobre a abusividade dos planejamentos tributários e, portanto, injusto tratar a operação realizada como sendo fraudulenta, dolosa ou simulada.

JUROS SOBRE MULTA DE OFÍCIO.

Sobre a multa de ofício que não tenha sido paga no vencimento, incidem juros de mora.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL, PIS e COFINS.

Em se tratando de exigências reflexas de contribuições que têm por base os mesmos fatos que ensejaram o lançamento do imposto de renda, a decisão de mérito prolatada no principal constitui prejulgado na decisão dos decorrentes.

Contudo, ainda inconformada, a fiscalizada opõe Embargos de Declaração (e-fl. 1.183) alegando omissões, contradições e erros formais quanto ao acórdão nº 1402-002.215.

O despacho de admissibilidade – que admitiu parcialmente os Embargos – de forma bastante sistemática, elenca tais alegações (e-fls. 1.373-1.374). Confira-se:

a) Contradição Quanto à Demonstração do Propósito Negocial e da Necessidade da Erches;

b) Contradição Quanto à Fundamentação de seu Voto Condutor e a Jurisprudência deste E. Conselho Suscitada no Recurso Voluntário;

c) Contradição Quanto à Constatação de Ausência de Critérios Objetivos para Aproveitamento do Ágio e Fundamentação da Decisão na Suposta Falta de Propósito Negocial;

d) Contradição Quanto à Ausência de Regulamentação do Parágrafo Único do Artigo 116 do CTN - Impossibilidade de se Desconsiderar a Participação da Erches na Operação em Análise;

e) Omissão Quanto à Operação Detalhada em Sede de Recurso Voluntário para Demonstrar a Efetiva Aquisição de Participação Societária com Ágio Diretamente pela Erches;

f) Omissão Quanto aos Argumentos Preliminares Acerca da Inaplicabilidade do Artigo 299 do RIR/99 ao Caso Específico;

g) Omissão Quanto à “Tipificação” do Ágio - Ágio Legítimo ou Ágio Interno; e

h) Erros Formais Existentes no Acórdão ao Indicar Matéria Não Debatida no Presente Processo Administrativo e Numeração Equivocada do Processo Administrativo nº 16561.720182/2013-46.

Registre-se, por fim, que o Despacho de Admissibilidade admitiu apenas e tão somente as alegações manifestadas **nas alíneas “f” e “h”**, acima expostas.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Demetrius Nichele Macei - Relator

Inicia-se esta decisão fazendo referência ao posicionamento exarado no Despacho de Admissibilidade que acolheu parcialmente os Embargos ora analisados. Isto porque, das nove alegações opostas pela Embargante, o Despacho de Admissibilidade somente admitiu duas; são elas:

i) a omissão quanto aos argumentos preliminares acerca da inaplicabilidade do artigo 299 do RIR/99 ao caso específico (alínea *f* do Despacho de Admissibilidade) e

ii) a presença de erros formais existentes no acórdão ao indicar matéria não debatida no presente processo administrativo e numeração equivocada do processo administrativo nº 16561.720182/2013-46 (alínea *h* do Despacho de Admissibilidade).

Tratando-se, então, da primeira questão, a suposta omissão quanto aos argumentos sobre a inaplicabilidade do artigo 299 do RIR/99 no caso específico, entendo que não subsiste razão a Embargante.

Isto porque, no que pese a autoridade julgadora não ter apreciado a questão utilizando a mesma "formatação" de exposição de argumentos que a Embargante adotara em seu Recurso Voluntário, tratou sim dos questionamentos referentes a (in)aplicabilidade do artigo 299 do RIR/99.

Analisando, por exemplo, a e-folha 1.194, do acórdão combatido, tem-se um esclarecimento sobre a incidência do artigo 386, do RIR/99 e dos artigos 7º e 8º, da Lei nº 9.532/1997 que se equiparam àquele. Perceba-se:

"De acordo com o artigo 386 do RIR/99, o qual repete os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, quando uma pessoa jurídica absorve patrimônio de outra em consequência de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o artigo 385 do RIR/99, e o valor de mercado utilizado for embasado na previsão dos resultados de exercícios futuros, é possível desde já a dedução ou tributação da amortização do correspondente ágio ou deságio na apuração do IRPJ e da CSLL.

Por meio dessa exceção, a legislação tributária considera que o investimento foi extinto com a incorporação, fusão ou cisão patrimonial. Tal dedução ou tributação, contudo, observará certas condições estipuladas na legislação (por exemplo, amortização de no mínimo 1/60 para cada mês do período de apuração, etc).

Em verdade, desde o Decreto-Lei 1.598/77, é bastante claro que o ágio não seria amortizável da base de cálculo do IRPJ, mas comporia o custo do investimento na sua alienação.

Ocorre que na extinção do investimento com a incorporação, o efeito de reduzir a base de cálculo do IRPJ na alienação desse investimento (mediante a agregação do ágio ao seu custo art. 33 do DL 1598/77) restaria inviabilizado. Por esse motivo, os arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97 permitiram que na incorporação do investimento fosse possível amortizar o ágio.

Portanto, a finalidade do disposto nos arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97 é regular o efeito fiscal da recuperação do ágio na aquisição do investimento, quando este é extinto mediante a incorporação. Se é essa a finalidade do dispositivo legal, não faz sentido permitir a amortização quando não há extinção nem do investidor e nem da sociedade investida. Esta é a questão que impõe seja solucionada no presente caso."

Ou seja, o acórdão combatido está no mesmo sentido das alegações da contribuinte neste ponto. Não assiste-lhe, portanto, razão, posto que não restou configurada omissão alguma neste caso.

No tocante a segunda alegação, diz a Embargante que o acórdão combatido apresenta os seguintes erros formais (e-fl. 1.261):

i) o acolhimento da decadência quanto ao ano-calendário de 2007, sendo que sequer foi requerido tal reconhecimento, posto que os anos-calendário do presente processo são 2009, 2010, 2011 e 2012 e

ii) erro de digitação na e-fl. 1.204, em seu último parágrafo, no qual se confunde a numeração do processo 16561.720182/2013-**46**, numerando-o – na parte final – como 16561.720182/2013-**57**.

Acolho, nesta parte, as alegações da Embargante, pois, de fato tais erros formais podem ser identificados no acórdão ora combatido.

Retifico, então, o número do processo citado à última linha da e-folha 1.024, devendo-se ler "16561.720182/2013-**46**", no lugar de "16561.720182/2013-**57**".

Corrija-se, ainda, a decisão do Acórdão nº 1402-002.215, que equivocadamente foi registrada da seguinte forma:

"Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso de ofício, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. O Conselheiro Paulo Mateus Ciccone acompanhou pelas conclusões. Por maioria de votos dar provimento parcial ao recurso voluntário para reduzir a multa ao percentual de 75%. Por maioria de votos, acolher a decadência em relação ao ano calendário de 2007 e, no mérito, dar provimento parcial ao recurso voluntário para reduzir a multa ao percentual de 75%. Vencido o Conselheiro Paulo Mateus Ciccone que votou por negar provimento integralmente ao recurso e os Conselheiros Gilberto Baptista e Roberto Silva Junior que votaram por dar provimento integralmente ao recurso." (grifo meu)

...a qual deverá, portanto, ser lida e ao final registrada da seguinte forma:

"Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso de ofício, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. O Conselheiro Paulo Mateus Ciccone acompanhou pelas conclusões. Por maioria de votos dar provimento parcial ao recurso voluntário para reduzir a multa ao percentual de 75%. Vencido o Conselheiro Paulo Mateus Ciccone que votou por negar provimento integralmente ao recurso e os Conselheiros Gilberto Baptista e Roberto Silva Junior que votaram por dar provimento integralmente ao recurso."

Diante do exposto, ACOLHO PARCIALMENTE os Embargos de Declaração, sem efeitos infringentes, para reconhecer os erros formais alegados pela Embargante, processando-se as retificações devidas conforme acima reparado.

É o voto.

(assinado digitalmente)

Demetrius Nichele Macei