



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

Processo nº 16561.720163/2012-39
Recurso nº De Ofício e Voluntário
Acórdão nº 1302-002.096 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 11 de abril de 2017
Matéria ÁGIO
Recorrentes INTERNATIONAL PAPER DO BRASIL LTDA.
FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2007

PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. FALTA DE PROPÓSITO NEGOCIAL. O fato de a sociedade ter perdurado por breve lapso de tempo não descaracteriza o propósito comercial do empreendimento, sendo indispensável analisar se há outros elementos que justifiquem a constituição da sociedade.

DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. Demonstrada a necessidade de segregação das atividades e bens de um empreendimento operacional visando sua posterior alienação, verifica-se que a sociedade foi constituída não apenas com o propósito de gerar ágio na sua aquisição, devendo ser reconhecida a sua personalidade jurídica.

PAGAMENTO DE ÁGIO EM OPERAÇÃO DE PERMUTA. POSSIBILIDADE. Integra o custo de aquisição do investimento o ágio correspondente ao valor pago que exceder o valor patrimonial do investimento, seja em operação de compra e venda, seja em operação de permuta.

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. RECUPERAÇÃO FISCAL. A legislação tributária admite, ordinariamente, a recuperação do ágio quando da alienação do investimento que lhe deu origem, por meio de sua integração ao custo de aquisição.

AMORTIZAÇÃO FISCAL DE ÁGIO. NEUTRALIZAÇÃO. Admite-se a recuperação do ágio fundado em rentabilidade futura, mediante amortização fiscal na hipótese de incorporação da investida pela investidora, ou vice-versa, em que se dá a confusão patrimonial entre investidora e investimento, tornando-se inexequível a recuperação do capital investido na forma ordinária, ou seja, por meio de sua integração ao custo de aquisição.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar de nulidade da decisão recorrida e de decadência suscitadas e, no mérito, por maioria de votos, em dar provimento ao recurso voluntário, vencidos os Conselheiros Ester Marques Lins de Sousa e Luiz Tadeu Matosinho Machado e, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso de ofício, votando os Conselheiros Ester Marques Lins de Sousa e Luiz Tadeu Matosinho Machado pelas conclusões. Os conselheiros Alberto Pinto Souza Junior e Luiz Tadeu Matosinho Machado solicitaram a apresentação de declaração de voto com relação ao mérito do recurso voluntário. O conselheiro Marcos Antonio Nepomuceno Feitosa declarou-se impedido, sendo substituído no colegiado pelo Conselheiro José Roberto Adelino da Silva (Suplente Convocado).

(assinado digitalmente)

Luiz Tadeu Matosinho Machado - Presidente

(assinado digitalmente)

Rogério Aparecido Gil - Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Alberto Pinto Souza Júnior, Rogério Aparecido Gil, Ester Marques Lins de Sousa, Gustavo Guimarães da Fonseca e Luiz Tadeu Matosinho Machado (Presidente). O conselheiro Marcos Antonio Nepomuceno Feitosa declarou-se impedido, sendo substituído no colegiado pelo Conselheiro José Roberto Adelino da Silva (Suplente Convocado). Ausente, momentaneamente o Conselheiro Gustavo Guimarães da Fonseca.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto face ao Acórdão nº 16-48.030, de 28/06/2013 da DRJ São Paulo I que, por maioria de votos, julgou procedente em parte a impugnação, para reduzir a multa aplicada ao percentual de 150% para 75% e manter integralmente o crédito tributário principal, nos termos do voto da relatora. Vencido o julgador Antonio Miguel Kalil, que declarou seu voto.

O presente processo administrativo tem origem em procedimento de fiscalização sofrido pela Recorrente, que resultou na lavratura do auto de infração ora combatido (Auto de Infração), por meio do qual lhe está sendo exigido crédito tributário a título de Imposto de Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ) e de Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), relativo ao ano-calendário de 2007.

O Auto de Infração refere-se a deduções de despesas de ágio fundamentado em expectativa de rentabilidade futura, pago por ocasião da aquisição de investimento na LA Celulose e Papel Ltda. (LA), deduzidas da base de cálculo do IRPJ e da CSLL depois que a LA foi incorporada pela Recorrente.

A autoridade lançadora aplicou multa majorada de 150% prevista no artigo 44, § 1o. da Lei nº 9.430/96, enquadrando o caso presente no artigo 72 (fraude) da Lei nº 4.502/64.

Houve Impugnação, oportunidade em que buscou demonstrar a improcedência da exigência fiscal formulada. Por unanimidade, a Delegacia da Receita Federal de Julgamento (DRJ) afastou a aplicação da multa majorada, reduzindo a penalidade para 75%. No que tange ao mérito, por maioria de votos, a DRJ manteve o Auto de Infração, em acórdão que recebeu a seguinte ementa:

"ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ
- Ano-calendário: 2007

PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. FALTA DE PROPÓSITO NEGOCIAL. O fato de a sociedade ter perdurado por breve lapso de tempo não descaracteriza o propósito comercial do empreendimento, sendo indispensável analisar se há outros elementos que justifiquem a constituição da sociedade.

DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. Demonstrada a necessidade de segregação das atividades e bens de um empreendimento operacional com vistas a sua posterior alienação, verifica-se que a sociedade foi constituída não apenas com o propósito de gerar ágio na sua aquisição, devendo ser reconhecida a sua personalidade jurídica.

PAGAMENTO DE ÁGIO EM OPERAÇÃO DE PERMUTA. POSSIBILIDADE. Integra o custo de aquisição do investimento o ágio correspondente ao valor pago que exceder o valor patrimonial do investimento, seja em operação de compra e venda, seja em operação de permuta.

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. RECUPERAÇÃO FISCAL. A legislação tributária admite, ordinariamente, a recuperação do ágio quando da alienação do investimento que lhe deu origem, por meio de sua integração ao custo de aquisição.

AMORTIZAÇÃO FISCAL DE ÁGIO. NEUTRALIZAÇÃO. Admite-se a recuperação do ágio fundado em rentabilidade futura mediante amortização fiscal na hipótese de incorporação da investida pela investidora, ou vice-versa, em que se dá a confusão patrimonial entre investidora e investimento, tornando-se inexequível a recuperação do capital investido na forma ordinária, ou seja, por meio de sua integração ao custo de aquisição.

AMORTIZAÇÃO FISCAL DE ÁGIO TRANSFERIDO EM SUBSCRIÇÃO DE CAPITAL MEDIANTE APOORTE DE INVESTIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. Não se admite a amortização fiscal do ágio transferido mediante aporte de investimento proveniente da sociedade investidora, que efetivamente suportou o pagamento do ágio, por ausência de previsão legal e porque tal hipótese possibilitaria o duplo aproveitamento fiscal do ágio.

DECADÊNCIA DO LANÇAMENTO. TERMO INICIAL. O fato gerador do IRPJ, no regime de apuração do lucro real anual com recolhimento do imposto por estimativa mensal, ocorre em 31 de dezembro do respectivo ano-calendário.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. Não estando presentes os fatos caracterizadores de evidente intuito de fraude, como definido nos artigos 71 a 73 da Lei nº 4.502/64, reduz-se a multa qualificada de 150% para o percentual de 75%.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. A solução dada ao litígio principal, em relação ao Imposto de Renda da Pessoa Jurídica, aplica-se ao litígio decorrente ou reflexo relativo à Contribuição Social sobre o Lucro.

JUROS SOBRE MULTA DE OFÍCIO. Tratando-se de aspecto concernente à cobrança do crédito tributário, a autoridade julgadora não se manifesta a respeito de juros sobre multa de ofício. Impugnação Procedente em Parte Crédito Tributário Mantido em Parte.

Acordam os membros da 5ª Turma de Julgamento, por maioria de votos, considerar procedente em parte a impugnação, para reduzir a multa aplicada ao percentual de 150% para 75% e manter integralmente o crédito tributário principal, nos termos do voto da relatora. Vencido o julgador Antonio Miguel Kalil, que declarou seu voto."

O acórdão recorrido, portanto, afastou os fundamentos utilizados pela DRF, mas manteve o Auto de Infração, com o entendimento de que não teriam sido atendidas as exigências do art. 386 do RIR/99.

Recurso de Ofício

Em virtude da exoneração de crédito tributário, a DRJ interpôs Recurso de Ofício, em cumprimento às disposições do art. 34, inc. I, Dec. nº 70.235/72, com a redação dada pelo art. 67 da Lei nº 9.532/97, e art. 1º da Portaria do Ministro de Estado da Fazenda nº 3, de 03/01/2008. O valor à época exonerado também excede o limite atual de R\$2.500.000,00 (Portaria MF. nº 63, de 09/02/2017).

Recurso Voluntário

A recorrente foi intimada do Acórdão recorrido, em 16/07/2013 e interpôs Recurso Voluntário, em 31/07/2013. À época da subscrição do recurso, os advogados da recorrente estavam devidamente constituídos, porém **a vigência do instrumento de mandato expirou em 19/11/2013** (fl. 72 do arquivo/recurso voluntário). O substabelecimento passado indicava vigência até o final do processo administrativo.

Em 07/04/2017 a Recorrente peticionou apresentando razões para que esse processo não fosse tirado de pauta.

Em 10/04/2017 juntou Instrumento Público de Procuração, outorgado em 09/03/2017 e substabelecimento outorgado em 10/04/2017. Observa-se que a procuração limita-se aos poderes específicos da cláusula *AD JUDICIA* e **não faz menção ao âmbito administrativo fiscal**.

A Recorrente ressalta que, a DRJ teria sido firme ao afastar uma a uma as acusações lançadas pela autoridade fiscal em seu Termo de Verificação Fiscal (TVF), deixando claro que a LA de fato correspondeu a um empreendimento societário cuja personalidade jurídica jamais poderia ter sido desconsiderada, reconhecendo também o absoluto propósito negocial de todas as operações questionadas pelo agente fiscal.

Diante do afastamento das acusações que lastreavam o Auto de Infração lavrado, a Recorrente registrou que esperava que a DRJ decidiria pela total improcedência do lançamento.

No entanto, ao manter o Auto de Infração com base em dispositivo legal que não constou da capitulação legal do lançamento, frisou a Recorrente que a DRJ teria incorrido em erro insanável: a **inovação**.

Para a hipótese desta **Preliminar de Inovação** não ser acolhida, a Recorrente também adentrou às questões quanto ao enquadramento nas condições impostas pelo artigo 386 do RIR para a amortização do ágio para fins fiscais, já que houve perfeita confluência entre investidora e investida antes do início da amortização do ágio, exatamente como exigido pela legislação aplicável. Ressalta que esse entendimento foi acolhido em declaração de voto.

Em suas razões a Recorrente concentrou-se nas questões que restaram controvertidas, após a Decisão DRJ, reportando-se a sua impugnação, em relação às acusações fiscais já afastadas em primeira instância administrativa, como os questionamentos acerca do contrato de permuta firmado ou em relação à personalidade jurídica da LA e ao propósito negocial das operações realizadas.

A Recorrente também registra que não teria havido questionamento quanto à existência, validade, mensuração ou fundamentação econômica do ágio amortizado. Sendo assim, não teria justificativa para a lavratura do Auto de Infração, com base na suposta violação às regras relativas à amortização do ágio para fins fiscais.

Sustenta que, toda a argumentação da **autoridade lançadora** teria se fundado em **questões fáticas**, as quais teriam sido integralmente refutadas pela DRJ.

Alega, em linhas gerais, que a Fiscalização teria sustentado que o contrato de permuta firmado entre o Grupo International Paper ("Grupo IP") e o Grupo Votorantim Celulose e Papel ("Grupo VCP"), em verdade, correspondeu a um contrato de compra e venda por meio do qual o Grupo IP teria adquirido meros ativos do Grupo VCP, na medida que, segundo o agente fiscal, a LA não teria propósito negocial e sua personalidade jurídica deveria ser desconsiderada para fins fiscais. Exatamente por essa razão, conforme reconhece a Decisão da DRJ, seria que apenas o artigo 299 do Regulamento do Imposto de Renda (RIR) figuraria como fundamento legal do lançamento.

Dos Fatos

Transcrevem-se a seguir os fatos questionados nos presentes autos, na perspectiva da Recorrente.

O conjunto de operações realizadas pela Recorrente que são objeto dos presentes autos tem sua origem no ano de 2005, momento em que o Grupo IP divulgou seu Plano de Transformação em nível mundial com o objetivo de aumentar a geração de receitas operacionais por meio da concentração de suas atividades em duas grandes áreas estratégicas de negócios: papéis para imprimir e escrever ("uncoated papers") e embalagens industriais e para consumidores finais ("industrial and consumer packaging") (doe. 04 da Impugnação).

Essas áreas estratégicas já representavam 70% das vendas do Grupo IP e a administração do Grupo avaliava que a concentração nessas atividades poderia trazer significativas reduções de custos e considerável aumento de rentabilidade, decisão que se mostrou acertada e que levou à expansão dos negócios do Grupo IP em todo o mundo, inclusive no Brasil.

Seguindo o novo planejamento estratégico mundial do Grupo IP, a administração da Recorrente passou a reavaliar suas atividades com vistas a concentrar-se na produção de papéis para imprimir e escrever, ampliando sua atuação nessa área e desfazendo-se de investimentos que não estavam relacionados ao negócio de papéis para imprimir e escrever, incluindo aqueles investimentos para fornecimento de madeira ao mercado. As áreas florestais mantidas seriam apenas aquelas que tinham vinculação e que eram necessárias para a produção de papéis para imprimir e escrever.

Nesse contexto é que se insere a operação de permuta de participação societária condenada pela autoridade fiscal, sendo esta apenas uma dentre as várias ações realizadas pelo Grupo IP no Brasil com vistas a concretizar o Plano de Transformação.

No ano de 2006, o Grupo IP identificou importante oportunidade de negócio que lhe permitiria avançar na implementação de seu Plano de Transformação.

Se de um lado o Grupo IP buscava ampliar sua atuação na área de produção de papéis para imprimir e escrever, de outro lado, um de seus maiores concorrentes, o Grupo VCP, passava a adotar planejamento estratégico exatamente em sentido contrário, pretendendo desfazer-se de suas atividades vinculadas à produção de papéis para imprimir e escrever (no caso da VCP, referido plano estratégico foi denominado "Visão 2 02 0"). Além disso, o Grupo VCP buscava oportunidades para aumentar sua atividade no ramo de produção de celulose, justamente um daqueles que não mais interessavam ao Grupo IP.

Foi esse antagonismo nos interesses de ambos os grupos empresariais que, paradoxalmente, os uniu e permitiu a realização do negócio objeto dos presentes autos.

Entre as atividades desenvolvidas pelo Grupo VCP e que não faziam parte do plano Visão 2020, estava o empreendimento vinculado à produção de papéis de imprimir e escrever localizado na região do município paulista de Luiz Antônio, posteriormente alocado à LA.

Ao contrário do quanto sugere a autoridade fiscal no TVF e conforme expressamente reconhecido pela Decisão DRJ, não se tratava de um simples ativo detido pelo Grupo VCP. As atividades em tela compunham verdadeira linha de negócios, empreendimento industrial e comercial cujo ponto central era a fábrica localizada em Luiz Antonio/SP, à qual estavam exclusivamente alocados funcionários, fornecedores, clientes, enfim, ativos e passivos vinculados à atividade de fabricação de papéis.

De sua vez, o Grupo IP contava com investimento na Chamflora Três Lagoas Agroflorestal Ltda. ("Chamflora"), pessoa jurídica dedicada à atividade de fabricação de celulose constituída em 1991 e que pertencia ao Grupo IP desde 2001.

Diante desse cenário, em que ambos os grupos empresariais detinham investimentos que lhes interessavam mutuamente, a opção natural eleita pelas administrações foi a celebração de um contrato de permuta, um dos negócios jurídicos mais primitivos e que acompanham o ser humano desde as suas origens, amplamente utilizado antes do surgimento da economia monetária.

A despeito do grande espanto manifestado pelo agente fiscal ao se deparar com o contrato de permuta, o raciocínio é simples: considerando que ambos os contraentes detêm bens que lhes interessam mutuamente, as partes optam por se obrigarem a dar um bem

em troca de outro. Diga-se, uma operação simples e eficiente que satisfaria com os interesses das partes envolvidas.

O resultado da permuta foi exatamente equivalente à realização de duas compras e vendas simultâneas. Vale dizer que, no caso presente, o resultado teria sido exatamente o mesmo para a Recorrente se o Grupo IP optasse por adquirir o investimento na LA mediante pagamento em dinheiro e, de sua vez, o Grupo VCP decidisse adquirir o investimento na Chamflora em dinheiro. Ao final, exatamente como aconteceu no caso concreto, a LA pertenceria ao Grupo IP e a Chamflora pertenceria ao Grupo VCP, sendo o ágio pago pelo Grupo IP amortizável para fins fiscais da mesma forma como ocorreu no caso concreto.

Ocorre que a transação demandava que algumas providências fossem adotadas para que pudesse ser implementada nos termos em que acordado pelas partes.

Em relação ao Grupo VCP, era necessário que o acervo líquido correspondente ao empreendimento de produção de papel que estava em plena operação e que interessava ao Grupo IP fosse segregado em uma nova sociedade, como é praxe negocial em operações desse tipo. Assim é que o Grupo VCP constituiu a LA, contribuindo a essa pessoa jurídica todo o acervo líquido correspondente ao ramo de produção de papéis que outrora estava integrado a uma das sociedades integrantes do Grupo VCP, a VCP.

O acervo líquido transferido à LA era composto por contas a receber, créditos fiscais a recuperar, 77 fazendas, 44 veículos florestais e 14 veículos industriais, além de passivos vinculados a fornecedores e a salários e outros encargos sociais devidos. Também foram transferidos à LA todos os mais de 800 funcionários exclusivamente dedicados à operação das atividades de produção de papéis para imprimir e escrever (doe. 05 da Impugnação). Se considerados também os funcionários terceirizados, chega-se ao impressionante número de 1.900 colaboradores envolvidos nas atividades da LA. A figura abaixo ilustra esse momento da transação envolvendo os Grupos IP e VCP:

A partir do recebimento desse acervo líquido, a LA passou a contar com 21 filiais, o que por si só denota o completo equívoco da autoridade fiscal de procurar sustentar tratar-se de um mero ativo que foi alocado à LA exclusivamente com objetivos fiscais (doe. 06 da Impugnação).

Nesse ponto, importa também registrar que, apesar da surpresa manifestada pelo agente fiscal em relação à segregação do empreendimento vinculado à planta de Luiz Antonio, a implementação de etapas preparatórias à realização de determinado negócio é recomendável e, muitas vezes, imprescindível.

No caso presente, a operação poderia ser realizada das mais diversas maneiras, mas a constituição da LA era o caminho mais natural a ser adotado, na medida em que a permuta não envolveria um simples ativo detido pelo Grupo VCP, mas verdadeiro acervo líquido em operação representado por todos os ativos e passivos que estavam exclusivamente alocados à produção de papéis realizada no município de Luiz Antônio/SP.

Uma vez realizadas as etapas preparatórias acima relatadas, implementou-se a permuta das participações societárias, a partir da qual, de um lado, a IPH passou a deter investimento direto na LA e, de outro lado, a VCP passou a deter investimento na Chamflora, como ilustrado a seguir:

O valor pelo qual o investimento na LA foi adquirido pela IPH correspondia, exatamente, ao montante do investimento estrangeiro anteriormente registrado pela IPH em relação à Chamflora, R\$3.044.071.098,00. Depois de adquirido o investimento na LA, a IPH decidiu aumentar o capital social da Recorrente mediante contribuição das quotas da LA pelo exato valor que haviam sido adquiridas pela IPH.

Nesse momento, considerando que a Recorrente adquirira novo investimento na LA, em atendimento ao artigo 385 do RIR desdobrou o custo de aquisição do investimento na LA em valor de patrimônio líquido e ágio. Considerando que à época o valor do patrimônio líquido da LA era R\$1.004.999.278,39, a Recorrente registrou o valor de R\$2.039.071.819,61 como ágio justificado economicamente na rentabilidade futura da LA, conforme laudo elaborado pela Ernst & Young Terco ("E&Y") constante dos autos (doe. 15 da Impugnação). Esses atos finais podem ser visualizados na ilustração abaixo:

Por se tratar de empreendimento antes detido pelo Grupo VCP, concorrente do Grupo IP, a LA possuía processos de produção, manutenção, qualidade, suprimentos, informatização e gestão de recursos humanos próprios, além de manter cadeias de distribuição distintas daquelas utilizadas pelo Grupo IP.

Por essa razão, a completa união das atividades então desenvolvidas pela Recorrente e pela LA somente poderia acontecer depois de elaborado e implementado um completo plano de alinhamento de todos esses elementos, os quais são críticos para o sucesso empresarial, bem como da padronização da qualidade dos produtos fabricados pela LA de acordo com os níveis de qualidade praticados pelo Grupo IP, harmonização e integração dos processos internos e de sistemas de informática (como a unificação de itens de produtos, matérias-primas e manutenção e reparo, implantação do mesmo sistema nas duas empresas etc).

Com o objetivo de permitir a visualização da magnitude dessa tarefa de alinhamento entre os empreendimentos e total integração da LA ao Grupo IP, a Recorrente anexou à impugnação cronogramas e estudos internos relativos às mais diversas áreas cuja segregação e integração deveria ser implementada (does. 16 a 18 da Impugnação).

Em razão das limitações impostas durante o negócio realizado com o Grupo VCP, somente depois de adquirido o investimento na LA é que foi possível desenvolver e implementar o plano de alinhamento pela Recorrente, com a definição clara das prioridades, responsabilidades e cronograma de implantação. Durante esse processo inicial, as atividades desenvolvidas pela Recorrente e pela LA tinham que necessariamente ser mantidas segregadas em pessoas jurídicas distintas, estendendo-se o processo de integração até um período em que as duas pessoas jurídicas já tivessem sido completamente unidas por meio do processo de incorporação da LA pela Recorrente.

Superada essa etapa inicial da integração, a Recorrente incorporou a LA e a combinação das atividades passou a ser plena. A partir desse momento, obtiveram-se significativos ganhos de rentabilidade, traduzidos na redução de custos administrativos, de pessoal e logísticos, em face da possibilidade de melhor planejamento e ampliação das opções quanto à fabricação de produtos específicos para o atendimento dos clientes a partir da alocação da produção às diferentes plantas geridas pela Recorrente, conforme sua localização geográfica, já que nesse momento todas as plantas já produziam os mesmos produtos com a mesma qualidade.

Foi possível, ainda, uma melhor negociação dos custos de matéria-prima com fornecedores, devido à maximização da capacidade operacional e aos ganhos de escala daí decorrentes. A combinação das áreas florestais das duas empresas também permitiu um melhor gerenciamento desses ativos, trazendo ganhos adicionais à Recorrente.

Do ponto de vista de recursos humanos, a combinação das atividades da Recorrente e da LA teve um significativo impacto motivacional, pois permitiu a implantação de um plano de carreira mais amplo e com maiores possibilidades e opções de desenvolvimento, tendo em vista o maior número de cargos de supervisão e gerenciais após a integração das atividades.

Por fim, nos exatos termos em que autorizados pelo artigo 386 do RIR, considerando que o ágio pago pela Recorrente na LA estava justificado na rentabilidade futura da investida, a incorporação também permitiu a amortização do ágio para fins fiscais, o que foi feito conservadoramente pela Recorrente no prazo de 10 anos, a despeito de a legislação permitir a amortização do ágio no prazo mínimo de 5 anos.

Do Acórdão Recorrido

Conforme mencionado no início das presentes razões recursais, a Decisão DRJ refutou todas as acusações lançadas pela autoridade fiscal que fundamentaram a lavratura do Auto de Infração.

O trecho a seguir demonstra a firmeza da DRJ ao julgar improcedentes as acusações fiscais:

"A informação de ter a sociedade perdurado como tal por apenas quatro meses não é suficiente para se concluir que à mesma faltava o atributo essencial denominado *affectio societatis*.

Como um empreendimento surgido, de fato, dentro da própria VCP, a LA prescindia de autonomia empresarial para sua operacionalidade, o que se tornou necessário somente a partir do momento em que se decidiu transferir o empreendimento fabril para outro grupo empresarial, a International Paper, como forma de permitir a sua alienação no contexto da operação de permuta realizada entre o Grupo IP e o Grupo VCP.

A complexidade do empreendimento, suportado por um acervo líquido composto por diversos elementos patrimoniais (plantações de eucalipto, instalações industriais, imóveis, licenças e solicitações ambientais, contas a receber, contas a pagar, estoques de matéria-prima e estoque em processo, bens acabados, sistemas operacionais, direitos de propriedade biotecnológica e outros ativos circulantes e passivos circulantes relacionados ao empreendimento) e desdobrados em 21 (vinte e uma) filiais, bem como por funcionários dedicados exclusivamente a suas atividades, justifica e comprova a existência de uma sociedade de fato.

Além disso, ao contrário do que afirmado pela autoridade fiscal, demonstrou-se que a LA era uma sociedade operacional e lucrativa, conforme evidenciado pelos balanços e declarações apresentados no curso da fiscalização.

Apesar de breve, a existência da LA Celulose como sociedade autônoma não pode ser considerada efêmera, porque enquanto durou, demonstrou ser um empreendimento operacional e lucrativo. (...)

Por fim, cabe ressaltar que ao fisco não cabe analisar a eficácia da estratégia adotada, cumprindo-lhe somente verificar se há, e nesse caso, entendendo que há, compatibilidade entre a causa apresentada e a estrutura adotada (constituição da LA). Havia, em tese, a necessidade de segregação das atividades do empreendimento como etapa preparatória à sua alienação.

E, admitida a constituição de uma sociedade para referida segregação, não há distinção quanto a eventual pagamento de ágio, entre a forma de aquisição dessa sociedade - permuta ou compra e venda." (g.n.)

Apesar de ter julgado improcedentes todos os fundamentos do Auto de Infração, a DRJ acabou por manter o lançamento, por maioria de votos, ao argumento de que a Recorrente não teria cumprido as exigências do artigo 38 6 do RIR, alegando que não teria ocorrido a indispensável "confusão patrimonial entre a investida e a investidora".

Além disso, com o objetivo de subsidiar sua tese, a DRJ alegou que a operação realizada permitira um famigerado "duplo aproveitamento do ágio" pela IPH e pela Recorrente.

Apesar de todo o respeito que a Recorrente nutre pela DRJ, que acertadamente afastou as acusações fiscais, a linha de argumentação adotada para manter o Auto de Infração é absolutamente improcedente.

Inicialmente, porque no caso sob análise não teria ocorrido a dita "transferência" do ágio supostamente apurado pela IPH na operação de permuta da Chamflora pela LA realizada com a VCP, para a Recorrente.

Isso porque o ágio somente pode ser transferido de uma sociedade a outra nas hipóteses de fusão, incorporação ou cisão, o que não houve entre a IPH e a Recorrente. O ágio registrado pela Recorrente em relação à LA teve como referência a aquisição por ato oneroso por ela realizada, representada pela contribuição em aumento de capital realizada pela IPH. Fosse a IPH uma pessoa jurídica brasileira, o que se admite apenas para ilustrar o raciocínio, haveria a necessária "baixa" de eventual ágio por ela inicialmente registrado. Não houve transferência de ágio, mas registro de ágio em razão de um novo evento de aquisição de investimento realizado pela Recorrente.

Nessas condições, não há como se negar que a amortização do ágio realizada pela Recorrente cumpriu todos os requisitos do artigo 386 do RIR.

Além disso, jamais haveria que se cogitar do suposto "duplo aproveitamento do ágio", haja vista que a IPH é uma sociedade estrangeira e, portanto, não está sujeita ao registro do investimento com base no artigo 385 do RIR, sendo que o seu custo de aquisição em qualquer alienação será sempre o valor registrado junto ao Banco Central do Brasil. Houve, sim, transferência do investimento.

Tanto é assim um dos limos. Julgadores de primeira instância fez questão de registrar declaração de voto em que manifestou sua opinião pelo integral provimento à Impugnação apresentada pela Recorrente, da qual se extraem relevantes elementos para a análise do caso concreto.

Na mesma linha do sustentado pela Recorrente, a declaração de voto que integra a Decisão DRJ demonstrou com clareza que não há na operação sob análise

transferência de ágio pago pela IPH para a IPB (Recorrente) , como quer fazer parecer a autoridade lançadora, destacando o equívoco técnico-jurídico incorrido pelos demais julgadores .

Também se reconheceu na declaração de voto apresentada que a Recorrente teria cumprido com todos os requisitos necessários para o aproveitamento do benefício de amortização de ágio elencados pela autoridade lançadora .

Com relação ao suposto duplo aproveitamento do ágio, foi consignado que a IPH recuperou todo o valor pago pela LA ao transferir a participação societária para a Recorrente. Assim, ainda que por hipótese se pudesse admitir que a IPH (sociedade holandesa) teria algum direito à amortização de ágio de maneira semelhante àquela prevista pela legislação brasileira (o que somente a análise da legislação holandesa poderia responder), a IPH teria deixado de ter direito a eventual benefício futuro de amortização de ágio. Logo, não haveria que se falar em duplo aproveitamento de valores a título de ágio uma vez que somente seria possível para a Recorrente amortizar fiscalmente esse ágio .

Por fim, a declaração de voto apresentou situação hipotética que ilustra com extrema clareza a improcedência do raciocínio desenvolvido pelos demais julgadores da DRJ: assumindo-se que, em vez de a IPH adquirir a LA diretamente, essa sociedade tivesse injetado recursos na Recorrente via aumento de capital social para que a Recorrente adquirisse a LA, seria inegável que a Recorrente teria registrado diretamente o mesmo valor de ágio na operação, assim como o valor do investimento da IPH na Recorrente seria exatamente o mesmo que permaneceu registrado no caso concreto depois da alienação da LA à Recorrente!

Como se pode observar, e que foi bem observado na declaração de voto que integra a Decisão DRJ, os efeitos patrimoniais e valorativos da operação para a IPH, para a Recorrente e para a LA seriam exatamente os mesmos se comparados àquelas da estrutura efetivamente implementada, evidenciando que a estrutura utilizada jamais teve cunho meramente fiscal e que jamais houve nem haverá o tal "duplo aproveitamento do ágio", haja vista que o direito à amortização do ágio estaria garantido em ambas as estruturas analisadas.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Rogério Aparecido Gil - Relator

O Recurso Voluntário é **tempestivo** (recorrente intimada, em 16/07/2013 e recurso interposto, em 31/07/2013).

Todavia, quanto à **representação processual**, há a **necessidade de regularização**.

À época da subscrição do recurso os advogados da recorrente estavam devidamente constituídos. Todavia, verificou-se que a vigência do instrumento de mandato expirou em 19/11/2013 e não foi renovado (fl. 72 do arquivo/recurso voluntário). O fato de o

substabelecimento passado indicar vigência até o final do processo administrativo, não supre tal necessidade.

À véspera dessa sessão, 10/04/2017, a Recorrente juntou Instrumento Público de Procuração, outorgado por representante da Recorrente, em 09/03/2017. Também juntou substabelecimento outorgado em 10/04/2017. A procuração limita-se aos poderes específicos da cláusula **AD JUDICIA**. Não obstante a ausência da cláusula **ET EXTRA**, considero regularizada a representação processual.

Preliminar de Inovação

Considerando a possibilidade de a Recorrente regularizar a representação processual no decurso das sessões de julgamento de abril/2007 e, assim, se passe ao julgamento do Recurso Voluntário, passamos à seguinte análise.

Preliminarmente, a Recorrente alega:

Inovação dos fundamentos utilizados para proceder à manutenção do Auto de Infração

Após proceder à análise dos fatos e provas acostados pela Recorrente em sua impugnação, a decisão da DRJ reconheceu que a LA era uma sociedade plenamente operacional e dotada do chamado propósito negocial, reconhecendo-lhe a aplicação das regras do artigo 385 do RIR que determinam a segregação do custo de aquisição do investimento em patrimônio líquido e ágio .

Não obstante, apesar de reconhecer improcedentes as acusações lançadas pela autoridade fiscal, o voto vencedor da Decisão DRJ fundamentou a manutenção do Auto de Infração na alegação de que o caso presente não preencheria os requisitos exigidos pelo artigo 386 do RIR para a amortização fiscal do ágio, haja vista que em sua opinião a Recorrente não teria adquirido o investimento na LA nas condições impostas pelo dispositivo em tela.

Nesse ponto, a Recorrente ressaltou que não seria admissível que a DRJ afastasse uma a uma as acusações lançadas pela autoridade fiscal, as quais justificariam a aplicação do artigo 299 do RIR e, por outro lado, mantivesse o Auto de Infração com base em dispositivo que nem sequer constou da capitulação legal do lançamento.

Frisou que, a DRJ inovou o fundamento do Auto de Infração e que tal conduta estaria evidenciada nas fls. 35 e 36 da decisão, passagem em que o órgão julgador teria abandonado o argumento de que a personalidade jurídica da LA deveria ser desconsiderada (o que justificaria a violação ao artigo 299 do RIR) e passa a justificar a manutenção do Auto de Infração, no fato de que a Recorrente não teria direito à amortização do ágio em razão de uma suposta **falta de cumprimento dos requisitos do artigo 386 do RIR**. Confira-se:

"Ocorre que a participação societária adquirida com ágio ou deságio a que alude o art. 386, III, do RIR de 1999, é aquela adquirida pela sociedade que venha a incorporá-la ou, conforme autorização do § 6º do mesmo artigo, pela sociedade venha a ser incorporada por sua própria investida.

Se a participação societária tiver sido adquirida por uma pessoa jurídica que posteriormente transfira essa participação para outra pessoa jurídica, a esta última não se aplica a possibilidade de amortização fiscal prevista no artigo 386 do RIR/99.

Poder-se ia indagar se tal interpretação não seria injusta, ao argumento de que a incorporação do investimento adquirido com ágio, por determinar a extinção desse investimento, impossibilitaria a recuperação fiscal do ágio na sua forma ordinária, prevista no artigo 391 do RIR/99, qual seja, na integração ao custo de aquisição do investimento quando este for alienado ou liquidado.

Na realidade, para que se aplique a disposição contida no artigo 386, é indispensável que ocorra a confusão patrimonial entre a investida e a investidora, sociedades que nem sempre correspondem à investida e àquela que detém o ágio sobre a investida." (g. n.)

A Recorrente registrou: se o fundamento do Auto de Infração é a desconconsideração da personalidade jurídica da LA e a indedutibilidade das despesas por falta de preenchimento dos requisitos do artigo 299 do RIR, como poderia a Decisão DRJ manter a atuação com base em uma suposta falta de preenchimento das diretrizes do artigo 386 do RIR?

Segue sua defesa nos seguintes termos:

Ressalte-se, nesse passo, que a alteração do fundamento da autuação vem em prejuízo da parte, uma vez que as acusações que foram rebatidas na fase inicial do processo e que foram objeto de prova não são mais aquelas que serão rebatidas em momento posterior. Dito em outras palavras, a mudança dos fundamentos de lançamento termina por restringir o direito de defesa, uma vez que enseja acusação nova no curso do processo administrativo, para qual a parte não pode mais produzir novas provas.

Como esse suposto fundamento trazido pela C. Turma Julgadora não foi objeto das razões utilizadas pela autoridade lançadora, acaba a DRJ por violar flagrantemente todas as regras que regulam o lançamento do crédito tributário no Brasil, desde o artigo 142 do Código Tributário Nacional ("CTN"), que estabelece ser atividade privativa do agente fiscal a constituição do crédito tributário, até o artigo 146 do CTN, que veda a alteração no critério jurídico do lançamento .

Ao analisar esse último dispositivo, Ives Gandra da Silva Martins assevera: "qualquer alteração no critério jurídico só pode valer para o futuro, jamais projetar efeitos para o passado, surpreendendo o cidadão ou a empresa que acreditaram agir respaldados em interpretação oficial da lei".

Hugo de Brito Machado , tratando especificamente da possibilidade de alteração de fundamentação de uma autuação procedida pelo órgão administrativo julgador, destaca que:

"6) Até que ponto pode o julgador ajustar o lançamento? Pode manter o lançamento sob motivação diversa da constante do Termo de Verificação Fiscal? O erro na capitulação legal enseja sempre a nulidade do lançamento?

Ajustes que impliquem extinguir ou reduzir a exigência tributária podem ser feitos a qualquer tempo. Os que impliquem agravamento, só enquanto não extinto o direito de lançar. (...)

O erro na capitulação legal do fato pode ensejar, ou não, a nulidade do lançamento. Implica nulidade quando a nova capitulação legal significa novas razões de fato e de direito a fundamentar a exigência tributária. Não implica nulidade quando se tratar de simples erro material, posto que existente no ordenamento jurídico regra que, diante dos fatos enunciados para a feitura do lançamento, o justificam. Nem quando sua correção implica suavização de penalidade." (g.n.)

E é nessa linha que segue a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça ("STJ"), como exemplifica o voto proferido pelo Ministro José Delgado, merecendo destaque o seguinte trecho:

Deduz-se, pois, que o contribuinte merece ser protegido contra a mudança de critério adotado pelo Fisco na interpretação tributária. Ele não pode prejudicar, sobretudo punir, o contribuinte pelos fatos e atos anteriores à sua nova orientação. O princípio da segurança das relações jurídicas se sobrepõe para garantir a estabilidade necessária aos sujeitos das obrigações (Recurso Especial nº 162.616).

Nesse sentido também tem caminhado a jurisprudência desse E. CARF, incluindo a sua Câmara Superior de Recursos Fiscais ("CSRF"), como demonstram as ementas a seguir:

"ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL DATA DO FATO GERADOR: 11/04/2006, 02/05/2006. AUTO DE INFRAÇÃO. ARBITRAMENTO DO VALOR ADUANEIRO. MULTA. PENA DE PERDIMENTO, ILEGITIMIDADE DE CRITÉRIO, ALTERAÇÃO PELA DECISÃO DE 1ª INSTÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE, MUDANÇA DO CRITÉRIO JURÍDICO. ART. 146 DO CTN. O reconhecimento da ilegitimidade do arbitramento do valor aduaneiro para fins de aplicação da multa substitutiva da pena de perdimento não autoriza que, em julgamento de 1ª instância, seja adotado um novo critério, diverso daquele apontado pela autoridade fiscal no auto de infração.

Referida alteração configura mudança do critério jurídico, o que é vedado pelo artigo 146 do CTN, caracterizando inovação e aperfeiçoamento do lançamento. Faz-se necessário, assim, para apuração de uma nova base de cálculo, a lavratura de novo auto de infração, o que não é da competência das instâncias julgadoras. afigura-se incabível, portanto, o lançamento lastreado em arbitramento ilegítimo (...)" (Processo 12466004322200633 - Recurso Voluntário nº 139.846 - Acórdão nº 320200115 - 3a Seção de Julgamento. 2a Câmara. 2a Turma Ordinária - Sessão de 24 de maio de 2010 - g.n.)

"AUTO DE INFRAÇÃO ELETRÔNICO - FUNDAMENTO DA AUTUAÇÃO ALTERADO -IMPOSSIBILIDADE DE MANUTENÇÃO DO LANÇAMENTO. O fundamento do lançamento não pode ser alterado no decorrer do processo sob pena de nulidade do feito. Sendo o fundamento inicial derrubado pela defesa, deve o AI ser cancelado e **não alterado o fundamento para manutenção da exação.** Recurso Voluntário Provido" (Processo nº 11075.001790/2003-44 - Recurso Voluntário nº 328.323 - Acórdão nº 3801-00.393 - 1a Turma Especial - Sessão de 28 de abril de 2010).

"NULIDADE - LANÇAMENTO - FALTA DE MOTIVO. Evidente a contradição ou a colisão entre os fundamentos fáticos e jurídicos do despacho decisório e o auto de infração que tem sua causa e suporte no despacho decisório. O fundamento do despacho decisório, no caso vertente, integra o auto de infração, que é consequência e continuismo ao que se pôs naquele. Inescondível a falta ou corrupção do motivo ao auto de infração. Não fosse por isso, o critério jurídico adotado no auto de infração esbarra no art. 146 do CTN, numa interpretação teleológica e construtiva do preceito. Vício substancial que fulmina o lançamento. NULIDADE DO ACÓRDÃO DE

ORIGEM. Para o juízo de procedência do lançamento, o órgão julgador a quo o inovou. Todavia, com arrimo no art. 59, § 3º, do Decreto, deixa-se de decretar a nulidade do acórdão de origem, para se levar a termo o exame do feito" (Processo nº 16327.000218/2006-15 - Recurso Voluntário nº 166.617 - Acórdão nº 110.3-00.265 - 1ª. Seção - 3ª. Turma da 1ª. Câmara - Sessão de 08 de agosto de 2010 - g.n.)

"ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 30/04/1997 a 31/12/1997

AUTO DE INFRAÇÃO ELETRÔNICO - NULIDADE - MOTIVAÇÃO DOS FATOS INSUBSISTENTE - PROC JUD DE OUTRO CNPJ - ALTERAÇÃO DOS FUNDAMENTOS NO JULGAMENTO DE SEGUNDA INSTÂNCIA. Se a autuação torna como pressuposto de fato a inexistência de processo judicial em nome do contribuinte, limitando-se a indicar como dado concreto "PROC JUD DE OUTRO CNPJ", e o contribuinte demonstra a existência desta ação, bem como que figura no pólo ativo, deve-se reconhecer a nulidade do lançamento por absoluta falta de amparo fático. Não há como manter a exigência fiscal por outros fatos e fundamentos, senão aqueles constantes no ato do lançamento. Teoria dos motivos determinantes. Recurso Provido." (Processo nº 11516.001495/2002-71 - Recursos Voluntário nº 253.737 - Acórdão 3403-00.2493 - 3ª. Seção - 3ª. Turma da 4ª. Câmara Decisão CARF - Sessão de 17 de março de 2010 - g.n.)

"ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF.

Exercício: 2002, 2003, 2004, 2005, 2006 DEPÓSITOS

BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA. RECEITAS PROVENIENTES DE ATIVIDADE RURAL. NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. (...) Tratando-se o órgão julgador de mero revisor do ato formal de lançamento, não compete a ele alterar os fundamentos do auto de infração lavrado em desconformidade com a atividade exercida pelo contribuinte.

Recurso voluntário provido."

(Processo Administrativo nº 18088.000037/2006-84 - Recurso Voluntário nº 162.317 - Acórdão nº 3301-00.048 - 3ª. Seção / 1ª. Turma da 3ª. Câmara - Sessão de 06 de maio de 2009 - g.n.)

"DIVERGÊNCIA - PRESSUPOSTOS - PREQUESTIONAMENTO - Presentes os pressupostos de admissibilidade do recurso especial, em face de inequívoco prequestionamento e divergência de julgados, é de se admitir o recurso interposto pelo sujeito passivo. IRF - PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - JULGAMENTO EM SEGUNDA INSTÂNCIA - INOVAÇÃO DO FEITO - Não compete à segunda instância alterar o feito, aplicando legislação distinta daquela constante na autuação e apurando nova base de cálculo, ainda que a decisão seja parcialmente favorável ao sujeito passivo. Comprovado flagrante equívoco na aplicação da norma legal e consequente apuração de base de cálculo inadequada, incabível o lançamento assim constituído (...)" (Processo Administrativo nº 10880.027914/91-79 - RD/106-0.392 - Acórdão CSRF/01-03.369 - Câmara Superior de Recursos Fiscais - Sessão de 23 de julho 2001 - g.n.)

"PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - RECURSO ESPECIAL DE DIVERGÊNCIA - Na apreciação de recurso especial de divergência a Câmara deve cingir-se à matéria de direito em litígio e de eventuais preliminares. Inadmissível o

aperfeiçoamento ou inovação do lançamento, ainda que estes não importem em agravamento da exigência, mas caracterizam mudança de critérios jurídicos do lançamento. IMPOSTO DE RENDA PESSOA FÍSICA - GANHO DE CAPITAL - ARBITRAMENTO DO VALOR DE VENDA - O arbitramento do valor de venda de imóvel, pela desconsideração do valor informado na escritura pública de compra e venda só é admissível mediante procedimento regular em que o fisco faça prova da aptidão do valor por ele atribuído à operação. Recurso especial provido." (Processo Administrativo nº 14052.004092/92-14 Recurso Especial nº 102-001.588 - Acórdão nº 40104535 - Câmara Superior de Recursos Fiscais - 1ª Turma - Sessão de 09 de junho de 2003 - g.n.)

"IRPJ/IRF - A mudança dos fundamentos legais que embasaram a exigência caracteriza inovação e aperfeiçoamento do lançamento, requerendo a lavratura de novo auto de infração ou notificação de lançamento suplementar, e ao Órgão julgador não foi dado esse poder. Recurso negado" (Processo Administrativo nº 10140.0011762/98-97 - Recurso Especial nº 103-1.014 - Acórdão nº 01-04.490 - Câmara Superior de Recursos Fiscais - 1ª Turma - Sessão de 14 de abril 2003 - g.n.)

Analisando-se os pontos de vista, é correto concluir que, a alteração de fundamentos do Auto de Infração realizada pela DRJ não se enquadra nos citados julgados. Pois, no presente caso a DRJ, assim como a DRF, manteve as glosas de despesas de amortização de ágio. Não há óbice a que seja superada a fundamentação adotada pela Fiscalização (artigo 299 do RIR), em razão dos argumentos e provas apresentados pela Recorrente. A DRJ manteve o Auto de Infração. O fato de haver concluído com base em novas razões e fundamentos, não foram ventilados pela autoridade lançadora, não constitui-se em aperfeiçoamento do auto de infração.

Pelo exposto, voto no sentido **rejeitar a alegação preliminar de inovação** verificada no acórdão recorrido.

Do Mérito

No mérito a Recorrente apresentou as seguintes razões de recurso.

Decadência de Parte do Crédito Tributário

Amortização Mensal do Ágio

A decisão da DRJ refutou os argumentos trazidos pela Recorrente de que parte do Auto de Infração teria sido atingida pelo instituto da decadência. Para tanto, conjuga os artigos 173, I e o 150, parágrafo 4º do CTN para concluir que: caso houvesse pagamento do tributo, ainda que de modo parcial, se aplicaria a regra do artigo 150, parágrafo 4º do CTN, a qual expressa que a decadência do direito de constituir o crédito tributário se dá em 5 anos a contar do fato gerador do tributo. Por outro lado, caso não se tenha o pagamento nem mesmo parcial do tributo, o direito de constituir o crédito se extingue em 5 anos a contar do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Dessa forma, como a Recorrente não teria realizado o pagamento do IRPJ e da CSLL supostamente devidos no ano calendário de 2007, deveria ser aplicado o disposto no artigo 173, I do CTN ao caso presente, o que levaria o prazo final da decadência para 01/01/2014. Ainda, a DRJ consignou que caso tivesse ocorrido pagamento do tributo, ainda que de modo parcial, o prazo final seria em 31/12/2012.

Alega que essa não é, contudo, a melhor interpretação das regras constantes no CTN e dos julgados desse E. CARF a respeito das regras de decadência do direito de o Fisco constituir seus créditos tributários.

O Auto de Infração questionado trata de despesas referentes a ágio deduzido pela Recorrente na apuração do Lucro Real e da base de cálculo da CSLL a partir do mês de maio de 2007, que foi o momento em que a Recorrente incorporou a LA. Alega que a jurisprudência do CARF é pacífica no sentido de que o prazo decadencial dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação é regido pelo artigo 150, parágrafo 4º, do CTN, isto é, 5 anos contados da ocorrência do fato gerador.

Do artigo 1º, da Lei 9.430/96, depreendemos que o IRPJ e a CSLL devem ser apurados pelo lucro real trimestral, pelo lucro presumido ou pelo lucro arbitrado. O artigo 2º da mesma Lei introduz alternativa à apuração trimestral do lucro real, consistente no pagamento do IRPJ e da CSLL mensalmente, mediante a aplicação dos percentuais estabelecidos pelo art. 15, da Lei 9.249/95, sobre a receita bruta apurada. Nesse caso, o lucro real deverá ser apurado em 31 de dezembro de cada ano calendário.

Além das sistemáticas de apuração e recolhimento do IRPJ e da CSLL, as pessoas jurídicas, nos termos do art. 35, da Lei 8.981/95, podem optar pela suspensão ou redução do IRPJ e da CSLL caso os recolhimentos efetuados até então superem ou sejam equivalentes ao devido sobre o lucro real apurado no período.

Em outras palavras, no âmbito dessa sistemática - adotada pela Recorrente no ano-calendário de 2007 - a apuração do IRPJ e da CSLL ocorre mensalmente e não apenas em 31 de dezembro de cada ano-calendário como acontece na apuração do lucro real anual com antecipações calculadas com base nas estimativas mensais.

Sendo assim, o fato gerador do IRPJ e da CSLL para os contribuintes que apurem o lucro real mensal com base nos balancetes de suspensão e redução ocorre a cada mês, visto que, ao final de cada período mensal, ocorre a efetiva apuração do lucro tributável.

Alega que, por essa razão esse CARF vem sustentando que a glosa das despesas de amortização de ágio registradas pela Recorrente mensalmente apenas poderia ter sido levada a efeito em até 5 anos contados de cada apuração mensal.

Sustenta, assim, que todas as amortizações efetuadas até 31/11/2007 teriam sido objeto de homologação tácita pelo Fisco, restando inadmissível sua glosa por meio de Auto de Infração do qual a Recorrente foi notificada em dezembro de 2012, merecendo essa parte do Auto de Infração ser sumariamente cancelada, assim como a decisão da DRJ reformada nesse ponto.

Diversamente, entendemos que ao caso aplicam-se as disposições do art. 173, inc. I do CTN. Assim, não teria havido decadência.

Do Mérito

Considerações iniciais

Razões da autoridade lançadora e da Decisão da DRJ

A origem do descontentamento da autoridade lançadora com a amortização do ágio realizada pela Recorrente está, basicamente, fundada em dois pontos específicos, a saber:

- (i) o contrato de permuta celebrado entre o Grupo IP e o Grupo VCP, por meio do qual o investimento na LA foi adquirido pelo Grupo IP e
- (ii) a segregação do acervo líquido vinculado às atividades de produção de papéis desenvolvidas pela VCP e sua alocação na LA, posteriormente adquirida e incorporada pela Recorrente.

Essa irresignação, no entanto, não foi ratificada pela DRJ, uma vez que os argumentos expostos pela Recorrente foram acatados pelos julgadores administrativos de 1ª Instância.

Em sua análise, ficou claro e superado que a estrutura adotada pelas partes foi razoável e apta a atender os interesses de ambas as partes. Ainda, ficou consignado que a personalidade jurídica da LA não poderia ser desconsiderada, haja vista que a sociedade era plenamente operacional e atuante em seu mercado de atuação.

A manutenção do Auto de Infração se deu, contudo, em razão de a DRJ ter concluído, equivocadamente, que IPB não teria direito à amortização do ágio inerente à operação em tela em razão de uma aparente falta de preenchimento de certos requisitos que a Recorrente deveria adimplir para poder se valer da amortização do ágio prevista no artigo 386 do RIR, que seriam :

- "(i) Uma pessoa jurídica (investidora) deve deter participação em outra (investida) ;
- (ii) Por ocasião de sua aquisição, tal participação na investida deve ter sido adquirida com ágio pela investidora, isto é, a investidora deve ter efetivamente arcado com o pagamento do ágio;
- (iii) Deve ocorrer a obrigatória absorção de patrimônio da investida pela investidora, ou vice-versa (absorção de patrimônio da investidora pela investida), por meio de incorporação, fusão ou cisão;
- (iv) Deve haver o 'encontro' da participação societária adquirida e do ágio pago por tal participação em um mesmo patrimônio ('confusão patrimonial')."

Aplicando esses requisitos ao caso concreto, a Decisão DRJ entendeu que "no caso em apreço, a confusão patrimonial deu-se entre a investida (LA) e a sua controladora direta (IPB) que, no entanto, não foi quem efetivamente investiu, na aquisição da LA, o valor correspondente o patrimônio líquido dessa última mais o ágio pago na transação de permuta pactuada com a VCP".

Em razão disso, a Recorrente não teria direito a proceder à amortização do ágio apurado na operação de permuta realizada, uma vez que esse direito seria exclusivo da IPH.

Ademais, a Decisão DRJ consignou que o disposto nos artigos 7 e 8 da Lei 9.532/97 (que é a base legal dos artigos 385 e 386 do RIR) visaria a permitir a recuperação do ágio pago em determinado investimento "em que se torna impossível sua recuperação através do mecanismo ordinário previsto no artigo 391 do RIR/99, que determina o cômputo do ágio na avaliação do custo de aquisição para fins de apuração de ganho de capital" .

Ainda segundo a DRJ, essas disposições não teriam como objeto conceder um favor fiscal para haver "duplo aproveitamento" do ágio. No caso presente, como o ágio em questão já comporia o custo do investimento da IPH na IPB (Recorrente) , tal valor não poderia compor o ágio registrado pela IPB e que seria passível de amortização nos termos do artigo 386 do RIR. Isso porque, segundo a DRJ, esse valor seria "recuperado" pela IPH no momento da alienação das quotas da IPB.

Surpreendentemente, a DRJ reconheceu que a Recorrente agiu corretamente ao realizar a contabilização do investimento recebido na LA nos termos do artigo 385 do RIR, **mas alegou que isso não geraria automaticamente direito para a Recorrente de realizar a amortização do ágio decorrente desse investimento nos termos do artigo 386 do RIR**, uma vez que esse montante somente deveria afetar a apuração do IRPJ e da CSLL devidos pela IPH quando da alienação do investimento na IPB.

De todo esse arrazoado, é importante notar que a DRJ não questionou em momento algum a validade do ágio registrado pela Recorrente nem tampouco o seu valor ou fundamento econômico, limitando-se, sem qualquer fundamentação legal, a (i) impor uma suposta restrição à dita "transferência" do ágio da IPH para IPB, que teria ocorrido no momento de integralização ao capital social da Recorrente com a totalidade das ações da LA e (ii) a sustentar que o valor correspondente ao ágio somente poderia influenciar a apuração do IRPJ e da CSLL devidos pela IPH quando da alienação do investimento na IPB.

Não obstante, essas conclusões da DRJ não estão em consonância com a melhor interpretação dos dispositivos legais supra citados, além de estarem em claro confronto com as mais recentes decisões desse E. CARF.

Nesse contexto, para que se possa demonstrar a improcedência do Auto de Infração também quanto ao seu mérito, a Recorrente entende como necessário retomar alguns conceitos relativos ao registro e à amortização do ágio pago na aquisição de participações societárias, dada sua grande relevância para a análise da operação objeto de questionamento pela DRJ.

Registro e Amortização do Ágio

Ausência da "transferência do ágio" e preenchimento inequívoco de todos os requisitos elencados pela DRJ

Como se sabe, a figura do ágio relacionado com investimentos em outras sociedades decorre da legislação societária (Lei nº 6.404/76), que determina a obrigatoriedade, em determinadas situações, de as demonstrações financeiras espelharem o valor dos investimentos pelo método da equivalência patrimonial.

Apesar de derivar da legislação societária, o desmembramento do custo do investimento em valor de patrimônio líquido e ágio ou deságio foi determinada pela lei fiscal (Decreto-lei nº 1.598/77) e pela Comissão de Valores Mobiliários (Instrução CVM nº 1/78).

Até a edição da Lei nº 9.532/97, as amortizações contábeis do ágio eram neutras para fins fiscais, por expressa determinação do artigo 25, §2º do Decreto-lei nº 1.598/77.

A partir da Lei nº 9.532/97, cujas regras foram reproduzidas no artigo 386 do RIR, as amortizações de ágio passaram a ter impactos na apuração do IRPJ e da CSLL, desde que atendidos os requisitos ali indicados.

O conceito é, portanto, bastante simples e direto: o ágio tem origem na aquisição de participação societária por valor superior ao valor patrimonial da participação adquirida .

No momento da aquisição do investimento, cabe à sociedade adquirente desdobrar o custo de aquisição do investimento em valor de patrimônio líquido e ágio (ou deságio, quando for o caso), devendo o lançamento contábil indicar o fundamento econômico do ágio: (i) valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade ("Ágio Mais-Valia"); (ii) valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros ("Ágio Rentabilidade"); ou (iii) fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas ("Ágio Outras Razões"). É o que determina o artigo 20 do Decreto-lei nº 1.598/77, reproduzido no artigo 385 do RIR.

De seu próprio conceito deriva a conclusão de que o ágio somente pode surgir quando ocorrer aquisição de participação societária. Mais ainda, considerando que os dispositivos aplicáveis não trazem qualquer restrição à modalidade de aquisição da participação societária que daria ensejo ao registro do ágio, deve-se entender que a aquisição mencionada pelo artigo 385 do RIR não abrange apenas as operações de compra e venda de participação societária, mas engloba quaisquer outras transações que resultem na aquisição de investimento em pessoa jurídica por outra, como as operações de permuta ou as situações em que determinada sociedade recebe, em integralização de capital, participação societária em outra empresa .

Disso decorre a conclusão lógica que o ágio só pode ser transferido a outra sociedade em razão da sucessão por incorporação, fusão ou cisão, quando da transferência do patrimônio da sucedida pela sucessora.

Daí o equívoco da DRJ em afirmar que o ágio amortizado pela Recorrente teria sido a ela "transferido" pela IPH .

Ainda que a IPH tivesse registrado ágio na aquisição do investimento na LA (o que deveria ser confirmado após a análise das normas fiscais e contábeis vigentes na Holanda, já que naquele país vigoram regras tributárias e contábeis próprias), se a propriedade sobre a participação societária adquirida com ágio for transmitida a outra pessoa jurídica por qualquer outra operação societária, como, por exemplo, via integralização ao capital social, não há que se falar em transferência do ágio. Há, sim, transferência do investimento!

Nessa situação, o ágio é integralmente baixado contabilmente na pessoa jurídica alienante e considerado na apuração do seu resultado não operacional.

Ao adquirente, cabe comparar o custo de aquisição do investimento ao respectivo valor de patrimônio líquido e, em sendo aquele superior a este, o ágio deverá ser registrado nos exatos termos em que determinado pelo artigo 20 do Decreto-lei nº 1.598/77.

Vale dizer, nesse momento deve o adquirente indicar o fundamento econômico para o pagamento do ágio (que pode perfeitamente ser distinto daquele indicado pelo alienante e antigo proprietário) , devendo arquivar demonstrativo que justifique o lançamento contábil realizado.

Assim, a cada aquisição (i.e, compra e venda, permuta, integralização ao capital social, entre outras) de participação societária em que o valor da operação superar o valor patrimonial da participação adquirida, surgirá o ágio, que deve cumprir todos os requisitos previstos em lei, seja ela qual for a modalidade adotada entre as partes.

E foi exatamente isso que ocorreu no presente caso. No momento em que adquiriu o investimento na LA na operação de integralização ao seu capital, a Recorrente desdobrou o valor do investimento (representado pelo valor aportado e cuja contraprestação foi a emissão e entrega à IPH de novas quotas representativas do capital da Recorrente) em patrimônio líquido e ágio, o qual foi fundamentado economicamente na rentabilidade futura da LA, conforme refletido no laudo elaborado pela Ernst&Young.

Fosse IPH uma pessoa jurídica brasileira que tivesse registrado ágio na aquisição do investimento na LA, esse ágio seria baixado no momento da contribuição do investimento em aumento de capital da Recorrente.

Não há, portanto, qualquer transferência de ágio, como quis sustentar a DRJ, nem tampouco uma suposta transferência de titularidade de ágio entre a IPH e a IPB.

Os valores eventualmente contabilizados pela IPH a título de ágio teriam sido baixados na operação de integralização ao capital social da IPB com as quotas da LA. E mais. Nesse momento, a IPB teve o ônus financeiro, o que significa que pagou pelo ágio dessa operação com a emissão de suas quotas em favor da IPH, sendo que o investimento na LA foi contabilizado nos termos previstos no artigo 385 do RIR em atenção às normas tributárias vigentes à época da operação.

Essa é a linha de entendimento que vem sendo adotada por esse CARF ao analisar essa matéria, merecendo destaque a decisão proferida no "Caso Vivo" (processo administrativo nr. 11080.011379/2006-51:

"Assim, é possível que uma empresa "Investidora" possua ações de uma companhia ("Investida") e, desejando subscrever capital de uma empresa "Nova Investida", mediante conferência das ações da antiga "Investida". Nessa situação, a "Investidora" e passa a ser investidora direta da "Nova Investida". A "Nova Investida", por sua vez, passe a ser investidora direta da antiga "Investida".

Nos termos dos arts. 1º e 8º da Lei das S/A, o ativo recebido pela nova investida (participação societária) deve ser coerente com o valor do capital social realizado, conforme avaliação.

Note-se que a empresa "Nova Investida" (i) recebe ações da antiga "Investida" e (2) entrega, à "Investidora", ações (ou quotas de capital) de sua própria emissão. Caso o valor "pago" pela "Nova Investida" (representado pelo valor de seu capital, entregue à Investidora na forma de ações ou quotas de capital de sua emissão) seja maior do que o valor patrimonial da participação social adquirida (referente à antiga "Investida", entregue pela "Investidora" à empresa "Nova Investida"), nos termos do art. 385 do Decreto 3.000, de 1999, cabe o registro de ágio na aquisição de ações. Por outro lado, há que ser baixado o

investimento anteriormente mantido pela "Investidora" na antiga "Investida" podendo, inclusive, ser gerado um ganho de capital para a "Investidora". (g.n.)

O trecho acima transcrito é extremamente didático e dispensa maiores considerações: diferentemente do quanto sustentado pela DRJ, o ágio somente é transferido a outra pessoa jurídica nas hipóteses de incorporação, fusão ou cisão de sociedades.

Dessa forma, havendo aquisição do investimento por qualquer modalidade, inclusive por meio de integralização da participação societária em aumento de capital, surgirá ágio, que deverá respeitar os ditames do artigo 385 do RIR como toda e qualquer aquisição de participação societária em que a pessoa jurídica seja avaliada pelo método da equivalência patrimonial.

Raciocínio similar foi utilizado recentemente pela C. Câmara Superior de Recursos Fiscais ("CSRF") desse E. CARF quando da análise de caso relevante sobre o tema ("Caso CPQ") (Acórdão 9101-001.657).

Nesse caso, a C. CSRF foi incisiva ao afirmar que o termo "aquisição" utilizado pelo artigo 385 do RIR deve ser interpretado em toda a sua plenitude, sendo vedado ao Fisco qualquer pretensão em restringir seu sentido com vistas a ilegalmente reduzir o campo de incidência da norma. Confirma-se a seguir o quanto pacificou a C. CSRF nesse relevante julgado:

"A questão está em que o termo "aquisição", ressaltado nas normas, não pode ser restringido, em seu significado, apenas à compra e venda de ações, para possibilitar a amortização do ágio proveniente da aquisição da participação societária.

Não há qualquer fundamento legal que enseje tal restrição, de modo a excluir a subscrição, debatida nos autos. O fundamento do voto vencido no acórdão de que a aquisição exige uma outra pessoa é, como o devido respeito, um entendimento diferente da previsão legal. A legislação possibilita que a aquisição de participação societária de uma companhia se dê por subscrição de novas ações, desde que respeitados os limites legais. (...)

Na verdade entendo de forma totalmente diversa ao apresentando no voto vencido do acórdão recorrido, pois uma pessoa física ou jurídica, nos termos da legislação positiva, por "adquirir" participação societária por meio de uma operação de alienação, em que há uma aquisição da participação societária de outra pessoa física ou jurídica, ou, por meio de um aumento de capital em que há a emissão de novas ações que são subscritas pelo novo acionista, ou pelo acionista que quer aumentar a sua participação na Companhia. (...)

Na verdade, os efeitos contábeis independem da forma como a investidora adquiriu o seu investimento, quer tenha sido por subscrição de capital com recursos financeiros ou mediante a conferência de bens ou em participações societárias. A Lei não discriminou nenhuma dessas alternativas de aquisição de participação societária e não negou, em nenhuma dessas hipóteses, a possibilidade da amortização do ágio nos casos de incorporação reversa. A origem dos recursos utilizados para aumento do capital social na empresa investidora (por exemplo, se recursos dos sócios, imóveis, subscrição de ações, contribuição de investimento em outra companhia) não é relevante no tocante a análise da dedutibilidade fiscal do ágio na empresa operacional quando esta incorpora sua investidora.

Portanto, a subscrição de ações por aumento de capital é uma forma de aquisição. (...)

De fato, não havendo distinção na lei, não cabe ao intérprete fazê-lo. Por aquisição entende-se forma de absorção a um patrimônio jurídico de algo novo, não tendo, tal absorção, por único meio uma compra e venda. Pode-se dar, como na hipótese, pela subscrição de ações novas, o qual se insere, indubitavelmente, no conceito de 'participação societária adquirida'.

Não se vislumbra, portanto, a alegada violação ao artigo 20 do Decreto-Lei nº 1.598/77. Neste dispositivo, também, o termo aquisição não aponta para qualquer restrição do seu significado. Na mesma linha, o artigo 385 do RIR/99 esclarece o tratamento tributário que deve ser dado pelo contribuinte à participação societária adquirida, qualquer que seja a forma de aquisição, o que inclui a subscrição de capital. Uma vez que a controlada incorpore sua empresa controladora, aplicar-se-á o disposto na Lei 9.532/97 e o ágio será dedutível.

Caso o legislador quisesse excluir cada um dessas formas de aquisição de participação societária do tratamento tributária disposto nos artigos 385 e 386 do RIR o teria feito na própria lei. Ocorre que é esperado que a regra legal alcance todas as hipóteses equivalentes de forma homogênea, garantindo um tratamento isonômico aos contribuintes a elas sujeitos. Não é relevante para a amortização do ágio a origem dos recursos investidos: se já estavam na empresa, ou se derivam de subscrição de capital, ou se decorrente de contribuição de bens e direito em aumento de capital. O que importa é que, em todas essas hipóteses de aquisição de participação societária, a posição patrimonial da investida e da investidora é equivalente e não há razão para não permitir a fruição do benefício de amortização do ágio após realizada a incorporação reversa.

Desta forma, o termo aquisição abrange a subscrição de ações, ensejando, legitimamente, a amortização do ágio, reconhecendo a sua contrapartida como despesas dedutíveis." (g.n.)

Nesse contexto, ainda que a IPH tivesse pago um "ágio" em relação à LA, o fato é que a contribuição dessas sociedades em aumento de capital da Recorrente não faria com que esse suposto ágio fosse "transferido" ou "internalizado" para a Recorrente

Essa contribuição apenas faria, como de fato fez, com que a Recorrente se visse obrigada a avaliar a LA pelo método da equivalência patrimonial, a teor do artigo 248 da Lei das S.A. e, nesse momento, registrasse um ágio no Brasil em relação a essa sociedade, conforme o artigo 385 do RIR, assim como ocorreu no Caso Vivo e no Caso CPQ, entre tantos outros.

Posteriormente, com a incorporação entre investidora (adquirente da participação societária) e investida (adquirida), nasce o direito à amortização do ágio para fins fiscais, conforme autorizado pelo artigo 386 do RIR, nos exatos termos em que realizado pela Recorrente no caso presente depois de ter incorporado a LA.

Note-se, por fim, que no caso presente jamais se cogitou de qualquer artificialidade nas operações realizadas, sendo que a DRJ reconheceu expressamente que a Recorrente efetivamente adquiriu o empreendimento industrial representado pela unidade industrial de Luiz Antônio, grande produtora de papel que, no contexto do Plano de Transformação implementado pelo Grupo IP, permitiu que a Recorrente incrementasse

significativamente sua atividade produtiva e, conseqüentemente, sua capacidade de geração de empregos diretos e indiretos e pagamento de tributos no País.

À luz de todos esses fatos, percebe-se que todos os itens enumerados pela DRJ foram preenchidos no caso em exame. Vejamos:

- (i) Uma pessoa jurídica (IPB) teve participação em outra (LA);
- (ii) A participação na LA foi adquirida pela IPB via emissão de suas próprias quotas (ônus financeiro);
- (iii) Houve incorporação da LA pela IPB; e
- (iv) Houve ^encontro' do patrimônio da LA e da IPB (^confusão patrimonial')

Desse modo, como houve a efetiva unificação de patrimônio (confusão patrimonial) da Recorrente e da LA, não se chega a outra conclusão senão a de que os valores escriturados a título de ágio pela Recorrente são válidos e legítimos, de modo que seu aproveitamento, inclusive para fins fiscais, não poderia ser glosado, como acabou ocorrendo no lançamento ora impugnado.

Superada essa questão, passemos a analisar a questão inerente ao suposto "duplo-aproveitamento" do ágio.

Inexistência do chamado "duplo-aproveitamento" do ágio

A Decisão DRJ criou dois conceitos, o de "recuperação fiscal do ágio pela investida através da amortização" e o de "recuperação fiscal do ágio pela investidora na alienação", concluindo que "a Lei nº 9.532/97 não teve como objetivo conceder esse favor fiscal (duplo aproveitamento do ágio), mas sim permitir que o ágio seja recuperado naquelas situações em que se torna impossível sua recuperação na alienação do investimento".

Com base nessa construção sem qualquer respaldo na lei, a DRJ elabora raciocínio no sentido de que, no caso presente, a amortização do ágio pela Recorrente não seria permitida haja vista que haveria o "duplo aproveitamento do ágio" na medida em que a IPH manteria o direito ao que a Fiscalização denomina "recuperação fiscal do ágio pela investidora na alienação", além de a Recorrente valer-se da "recuperação fiscal do ágio pela investida na amortização".

Ao desenvolver seu raciocínio, esquece-se a autoridade fiscal que a IPH é pessoa jurídica não-residente no Brasil, à qual não é aplicável a regra do artigo 385 do RIR que determina o registro do ágio e para quem, em qualquer alienação do investimento, o custo de aquisição será representado pelo valor do investimento estrangeiro registrado junto ao Banco Central do Brasil.

Ou seja, ao contrário do quanto afirmado pela DRJ em surpreendente equívoco na interpretação dos fatos frente às normas aplicáveis, em nenhum momento a IPH registrou qualquer ágio em relação à LA ou em relação à Recorrente.

Ademais, também se equivocou a DRJ ao sustentar que "nos termos do artigo 391 do RIR/99, a recuperação fiscal ordinária remanesce na adquirente original do investimento (no caso a IPH) que, ao alienar o investimento em IPB, no qual detém o controle integral e indireto sobre LA, poderá recuperar o ágio sem incorrer em ganho de capital".

Isso porque o artigo 391 do RIR é absolutamente inaplicável à IPH, que é sociedade estrangeira residente no exterior! Seja qual fosse a operação realizada pela Recorrente ou por qualquer outra pessoa jurídica em que a IPH tivesse investimento, fato é que o valor a ser por ela considerado como custo de aquisição na apuração de eventual ganho de capital seria exatamente o mesmo, aquele registrado como investimento estrangeiro junto ao BACEN.

Como bem destacou a declaração de voto que integra a Decisão DRJ, tivesse a IPH contribuído recursos ao capital da Recorrente para que essa adquirisse o investimento na LA com ágio, a posterior amortização do ágio pela Recorrente em nada alteraria o custo de aquisição da IPH em relação à Recorrente!

Nessa situação, nem mesmo a autoridade fiscal ousaria sustentar que o custo de aquisição da IPH estaria contaminado por um supostamente indevido "duplo aproveitamento do ágio".

Essa conclusão foi, inclusive, compartilhada na declaração de voto que integrou a Decisão DRJ, na qual fica claro que não haveria que se falar em um suposto duplo aproveitamento do ágio.

Finalmente, seja como for, ainda que a DRJ estivesse correta ao afirmar que o Grupo IP estaria aproveitando o ágio duplamente (na amortização fiscal e em eventual alienação), o que se admite apenas para argumentar, deve-se considerar que a IPH jamais pretendeu se desfazer do investimento na Recorrente.

Ou seja, a DRJ buscou penalizar a Recorrente por um alegado duplo aproveitamento do ágio, sendo que, até o momento, tal ágio somente foi aproveitado fiscalmente de uma forma: por meio da amortização fiscal pela Recorrente, efetuada em total conformidade com a lei.

Nesse contexto, a Decisão DRJ estaria punindo a Recorrente por um evento futuro e incerto sobre cuja ocorrência não traz qualquer indício.

Do exposto, o que se percebe é que uma grande confusão foi criada a partir de exemplos e construções que, além de não terem qualquer relação com o caso concreto, não encontram qualquer respaldo na legislação aplicável.

O que se observa, em verdade, é que a única interpretação possível dos artigos 385, 386 e 391 do RIR é no sentido de que no presente caso a IPB tem direito à amortização do ágio nos termos que foi realizado, assim como a IPH tem direito a considerar o valor do investimento em sua integralidade em uma eventual alienação de seu investimento na IPB.

A DRJ trouxe, ainda, elemento adicional para sustentar o questionamento levantado pela autoridade lançadora referente à possibilidade de amortização gerado na operação de permuta de linha de negócios entre os Grupos IP e VCP.

A decisão inovou o ordenamento jurídico nacional para sustentar que o "fato de se aplicar referido dispositivo (artigo 385 do RIR/99) não confere à contribuinte a automática aplicação do artigo 386 do mesmo diploma pois, como visto, a situação disciplinada depende de requisitos específicos, dentre os quais ressalta o de que a confusão patrimonial deve alcançar o patrimônio da sociedade que efetivamente realizou o sacrifício referente ao ágio".

Essa assertiva, além de atentar contra os princípios tributários da legalidade e da razoabilidade, apresenta um entrave à Recorrente totalmente improcedente.

Ao interpretar os artigos 385 e 386, e até o 391 do RIR, não se extrai o conceito de que o ágio decorrente de uma operação somente pode ser amortizado pelo contribuinte que sacrificou recursos na aquisição de tal ativo.

E mais. Ainda que essa exigência fosse considerada como legal por esse E. CARF, ela não obstaria o aproveitamento do ágio por parte da Recorrente.

Isso porque a Recorrente efetivamente "pagou" por ágio impugnado. Como foi muito bem consignado durante todo o procedimento de fiscalização e pela própria DRJ, a Recorrente emitiu quotas em favor da IPH até o limite do valor total do investimento detido por essa sociedade na LA.

O "pagamento" realizado pela Recorrente com suas quotas representaria também o sacrifício de ativos sofrido na aquisição da LA. Essa constatação lógica afasta categoricamente o argumento suscitado pela autoridade lançadora no item 183 do TVF de que no caso ora analisado não haveria ocorrido sacrifício de ativos da Recorrente, o que obstaria a possibilidade de contabilização de ágio na operação.

Suposta restrição do direito à amortização de ágio -artigos 385 e 386 do RIR

A respeito do dito sacrifício de ativos, menciona-se o artigo 1º da Resolução CFC 750/93, o qual admite o custo histórico como base de valor para a mensuração de ativos e passivos. Ademais, a esse respeito, confira-se trecho da obra "Teoria da Contabilidade", dos professores Eldson S. Hendricksen e Michael F. Van Breda :

"Para que a teoria da contabilidade proporcione as diretrizes adequadas visando o desenvolvimento do pensamento contábil e de princípios de contabilidade, justifica-se a preocupação com definições explícitas de ativos e passivos. (...)

Mais recentemente, o Fasb definiu ativos, no SFAC 6, da seguinte maneira:

Benefícios econômicos futuros prováveis, obtidos ou controlados por uma dada entidade em consequência de transações ou eventos passados."

Desse conceito, extrai-se que para que um ativo seja reconhecido, deve ele trazer benefícios futuros, que foi justamente que ocorreu no caso ora analisado, haja vista que o ágio apurado é justamente o de rentabilidade futura, que consiste em um benefício futuro para a Recorrente.

Além disso, deve o benefício ser mensurado. Normalmente, a forma de mensuração do ativo é pelo valor original de aquisição (ou custo histórico), que normalmente é representado por um sacrifício. É de se observar que o desembolso de caixa não é (e nunca foi) um requisito para o reconhecimento de ativos, ou melhor, não é a única forma em que se verifica a existência de um sacrifício. Nesse sentido, o mencionado artigo 7º da Resolução 750/93 trata do "Princípio do Registro pelo Valor Original".

Tal dispositivo não estabelece que para haver "custo" seja necessária a presença de caixa (ou de saída de caixa) em determinada operação. Como exemplo, podem-se enumerar os casos de permuta, de integralização de capital com bens, em que não existe efetivo fluxo de caixa, mas nem por isso em tais operações o custo é considerado como se inexistente fosse.

Ou seja, é patente que houve ônus financeiro tanto pela IPB na aquisição do ágio impugnado, quanto pela IPH quando da permuta de linha de negócios efetuada com a VCP, o que leva à necessária conclusão de que todos os requisitos levantados pela DRJ para se possibilitar a amortização do ágio pela Recorrente restaram devidamente cumpridos.

Por todas essas razões, o que se percebe é a total improcedência das acusações fiscais e a necessidade do imediato cancelamento do Auto de Infração, haja vista que o ágio amortizado pela Recorrente encontra total respaldo nos artigos 385 e 386 do RIR.

Requisitos para a Amortização do Ágio

Jurisprudência do CARF

Conforme se verá a seguir, também sob a perspectiva da jurisprudência desse E. CARF não se sustenta o Auto de Infração lavrado.

Interpretando as exigências previstas na legislação em relação à formação e amortização do ágio, esse E. CARF vem elegendo três requisitos básicos para que seja reconhecido o direito à amortização do ágio:

- (i) o efetivo pagamento do custo total de aquisição, inclusive o ágio;
- (ii) a realização das operações originais entre partes não ligadas;
- (iii) a demonstração da fundamentação econômica do ágio pago com base na expectativa de rentabilidade futura.

Esses requisitos são exigidos para se verificar se as operações societárias que deram origem ao ágio possuem significação econômica, aí incluído o próprio ágio.

O efetivo pagamento, primeiro requisito, é exigido para que se comprove que a operação societária que deu origem ao ágio é onerosa. Não há dúvidas quanto ao preenchimento desse requisito no caso concreto, haja vista houve o reconhecimento que o pagamento pela participação societária na LA foi efetivamente realizado pela IPH no contexto do contrato de permuta firmado com o Grupo VCP, ao passo que a aquisição do investimento pela IPB também ocorreu de forma onerosa. Trata-se, em verdade, de fato incontroverso nos presentes autos.

Quanto ao segundo requisito, exige-se que as operações originais sejam realizadas entre partes não relacionadas, resguardando-se que a negociação seja realizada entre partes independentes e em condições de mercado. O cumprimento desse requisito no caso presente também é fato incontroverso, tendo em vista que o Grupo VCP (alienante) é concorrente direto do Grupo IP (adquirente) no ramo de papéis e celulose.

Se a participação societária é transferida de uma a outra pessoa jurídica pelo valor contábil do investimento registrado pela alienante (a um veículo de investimento, por exemplo), admite-se a validade do ágio registrado por aquele que adquiriu o investimento de pessoa ligada, desde que o investimento tenha sido originalmente adquirido de terceiros em transação em condições de mercado.

Dai ser inatacável o direito da Recorrente de registrar o ágio a partir da contribuição da LA em aumento de capital realizada pela IPH, haja vista que o custo de aquisição registrado pela Recorrente no momento do recebimento da participação societária na LA era exatamente o mesmo inicialmente pago pela IPH ao Grupo VCP, inexistindo a criação de qualquer riqueza intra-grupo.

Avançando para o terceiro requisito, a existência de demonstração do fundamento econômico do ágio registrado contabilmente, trata-se de comando expresso do artigo 385 do RIR que tem como objetivo refletir a razão econômica pela qual o adquirente pagou pelo investimento um valor superior ao seu patrimônio líquido. A fundamentação econômica do ágio pago em relação ao investimento na LA também jamais foi colocada sob dúvida pela autoridade fiscal no caso presente, de modo que também figura como fato incontroverso o cumprimento desse terceiro requisito pela Recorrente.

Toda a discordância da DRJ recai sobre o fato de o investimento na LA ter sido originalmente adquirido pela IPH e, em momento subsequente, ter sido contribuído em aumento de capital da Recorrente.

Fato é que esse E. CARF já analisou inúmeras operações nas quais houve aquisição direta por estrangeiros, manifestando-se de modo favorável à possibilidade de utilização da participação societária adquirida para a integralização de capital de subsidiária brasileira, que passa a registrar o ágio e amortizá-lo, após sua incorporação.

Em tais casos, exatamente como ocorreu no caso presente, a sociedade estrangeira adquire o investimento e realiza aumento de capital de uma subsidiária brasileira no mesmo valor de aquisição da sociedade-alvo. Tal aumento de capital é subscrito e integralizado com a própria participação societária adquirida. Depois de referido aporte, ocorre o desdobramento do custo de aquisição em patrimônio líquido e ágio, passando a ser a nova adquirente da operação.

Note-se que naqueles casos havia a utilização de veículos de investimento pelos adquirentes das participações societárias, o que foi tido como válido por esse E. CARF. No caso presente, no entanto, nem mesmo há a utilização de veículo de investimento, já que a adquirente (Recorrente) é empresa operacional e responsável por todas as atividades do Grupo IP no Brasil, com capacidade para produzir mais de 1 milhão de toneladas de papel por ano.

Voltando à análise da jurisprudência, como citado acima, em caso notório sobre o tema ("Caso Vivo" - acórdão 1101-00.354), esse E. CARF entendeu que, cumpridas as premissas básicas acima apontadas, resta confirmado o direito do contribuinte de deduzir as

despesas de ágio nas bases de cálculo do IRPJ e da CSLL a partir do momento em que se verificar uma das operações societárias elencadas pelo artigo 386 do RIR (incorporação, fusão ou cisão).

Nesse caso, a aquisição da participação societária na operadora de telefonia fixa e celular CRT foi realizada diretamente por companhias estrangeiras, tais como a TI Telefônica Internacional de España S/A (na Espanha), a Telefônica de Argentina S/A (na Argentina) e a Companhia de Telecomunicaciones de Chile (no Chile). Posteriormente à aquisição, referida participação societária foi aportada no capital da empresa brasileira TBH, que passou a deter o investimento com ágio.

Por fim, vale mencionar que mesmo nos casos em que houve a aquisição de participação societária com ágio por empresas nacionais, também a C. CSRF desse E. CARF adotou essa mesma linha de raciocínio e declarou a validade da amortização fiscal do ágio, merecendo destaque o "Caso CPQ" (Acórdão 9101-001.657), além de diversos outros acórdãos proferidos pelas Turmas Ordinárias desse E. CARF, como no "Caso CELPE" (Acórdão 1201-00.689) e no "Caso Telemar" (Acórdão 1301-000.711), entre tantos outros.

Enfim, os Tribunais Administrativos vêm reafirmando que os requisitos e condições para o aproveitamento do ágio são somente aqueles veiculados pelo artigo 7º da Lei nº 9.532/97 e rechaçando a tentativa de criar condições inexistentes na legislação, legislando-se por autos de infração, motivo pelo qual a Recorrente está convicta de que o Auto de Infração será integralmente cancelado por esta C. Turma.

A validade e o propósito negocial da aquisição do investimento na LA pelo Grupo IP - as diversas estruturas possíveis

Demonstrada a validade da amortização do ágio realizada pela Recorrente frente à legislação aplicável (artigos 385 e 386 do RIR) e também em relação à jurisprudência desse E. CARF sobre a matéria, elementos que são suficientes para que seja determinado o cancelamento do Auto de Infração, a seguir passa-se a reforçar também a validade da operação e a improcedência das alegações fiscais de que a operação não seria oponível ao Fisco.

Não obstante, é importante ressaltar que esse ponto foi, por unanimidade, acatado pela DRJ em sua análise, como se observa no trecho destacado a seguir:

"Por fim, cabe ressaltar que ao fisco não cabe analisar a eficácia da estratégia adotada, cumprindo-lhe somente verificar se há, e nesse caso, entendo que há, compatibilidade entre a causa apresentada e a estrutura adotada (constituição da LA). Havia, em tese, a necessidade de segregação das atividades do empreendimento como etapa preparatória à sua alienação.

E, admitida a constituição de uma sociedade para referida segregação, não há distinção quanto a eventual pagamento de ágio, entre a forma de aquisição dessa sociedade — permuta ou compra e venda." (g.n.)

Dessa forma, a questão do propósito negocial da operação, assim como do questionamento da estrutura de permuta que foi utilizada, já foi afastada pela DRJ e não é mais controvertida nos presentes autos.

Seja como for, apenas para reforçar a lisura do procedimento adotado, a Recorrente apresentará a seguir, objetivamente, as razões pelas quais está convicta de que as

operações realizadas são absolutamente legais e oponíveis ao Fisco, as quais já foram minuciosamente expostas na impugnação apresentada.

Embora a operação de permuta tivesse um evidente propósito negocial e a sua estrutura tivesse sido utilizada em razão de melhor adequar os interesses mútuos das partes, a autoridade lançadora procurou desqualificar a operação sob o argumento de que a operação foi realizada por meio da permuta de participação societária somente para possibilitar uma economia de tributos para as partes.

Contudo, a Recorrente demonstrou claramente que independentemente da estrutura que fosse utilizada, o resultado fiscal (valor do ágio amortizável para fins fiscais) seria exatamente o mesmo³⁵, seja por meio de compras e vendas simultâneas, seja por meio de permuta da participação societária das sociedades.

Fato é que em qualquer uma dessas hipóteses, a Recorrente desdobraria o custo de aquisição da participação societária na LA em patrimônio líquido e ágio, sendo este passível de amortização dedutível depois de incorporada a LA exatamente da forma como aconteceu no caso concreto.

Logo, se a operação não foi realizada na forma de uma compra e venda direta pela Recorrente, outras eram as razões, que não relacionadas à amortização do ágio, que levaram à sua implementação pelo Grupo IP tal como praticada, diferentemente do quanto sustentado pela autoridade lançadora.

Seja como for, frise-se que jamais houve obstáculos à realização da operação de forma a que o ágio pago em relação à LA pudesse ser amortizado pela Recorrente, evidenciando que a opção do Grupo IP foi norteada por outras razões que não a amortização fiscal do ágio.

A única maneira pela qual o Grupo IP poderia adquirir um empreendimento em operação de seu concorrente seria a sua segregação em uma nova sociedade, a fim de possibilitar que todas as ações de transição e alinhamento pudessem ser implementadas de maneira satisfatória, uma vez que essa parametrização era em verdade indispensável ao sucesso da reunião de dois empreendimentos detidos por grupos concorrentes e que possuíam diferenças abissais em todos os aspectos operacionais, desde os sistemas de informática, controles de qualidade, processos de produção e logística, chegando até mesmo aos valores encampados pelo Grupo no desenvolvimento de suas atividades.

Caso contrário, as operações de produção de papel a partir da planta de Luiz Antônio teriam que ser paralisadas até que toda a transição fosse implementada, o que geraria um latente prejuízo para a Recorrente haja vista que o faturamento da LA no período de mais de R\$260 milhões e o lucro operacional de R\$33 milhões deixariam de ser auferidos pela Recorrente.

Nessa linha, da qual compartilha Marco Aurélio Greco, por não ter o Fisco demonstrado que a adoção da estrutura teve como única finalidade o aproveitamento fiscal do ágio, mostra-se totalmente incabível a desqualificação das operações no caso presente.

Ante o exposto, há que se manter o entendimento já consignado pela DRJ para reconhecer a validade da estrutura negocial utilizada pela Recorrente.

Subsidiariamente

A amortização do ágio e seus reflexos em relação à CSLL

Especificamente no que concerne à CSLL, a amortização do ágio não suscita grandes problemas. Isso porque, contrariamente ao que se verifica com relação ao IRPJ, para o qual a lei (consolidada nos artigos 389, § I, e 391 do RIR) veda a dedutibilidade do ágio, inexistente disposição legal que imponha qualquer vedação para fins de apuração da CSLL.

Assim, não havendo qualquer disposição legal que impeça a dedutibilidade do ágio da base de cálculo da CSLL, tampouco qualquer norma que estenda a esta contribuição as disposições relativas ao IRPJ, resta concluir que não existe qualquer óbice ou limitação quanto à amortização do ágio para a dedutibilidade dos valores pagos a título de ágio quanto à contribuição em tela. É este, inclusive, o entendimento do CARF:

"AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO - ADIÇÃO À BASE DE CÁLCULO INAPLICABILIDADE DO ART. 57 LEI Nº 8.981/1995 - Inexiste previsão legal para que se exija a adição à base de cálculo da CSLL da amortização do ágio pago na aquisição de investimento avaliado pela equivalência patrimonial. Inaplicabilidade, ao caso, do art. 57 da Lei nº 8.981/1995, posto que tal dispositivo não determina que haja identidade com a base de cálculo do IRPJ." (Io CC, 3a C, acórdão 103-22749, sessão de 06/12/2006)

"CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO - BASE DE CÁLCULO - ADIÇÕES - ILEGALIDADE - ART. 57 - LEI N.º 8.981/95 - INAPLICABILIDADE. A adição à base de cálculo da CSLL do valor da amortização do ágio na aquisição de investimentos avaliados pela equivalência patrimonial não encontra previsão legal, não podendo ser exigida do contribuinte. Não se aplica à presente questão o art. 57 da Lei n.º 8.981/95, pois tal dispositivo não determina que a base de cálculo da CSLL seja idêntica à base de cálculo do IRPJ, nem que as adições devam ser as mesmas." (Io. CC, 7a C, acórdão 107-07315, sessão de 09/09/2003)

De qualquer maneira, ainda que se entenda serem as normas do IRPJ extensíveis à CSLL, o que se admite somente para argumentar, a Instrução Normativa nº 390/04, que compila as normas relativas à contribuição, traz em seu artigo 75 disposição que, a exemplo do inciso III do artigo 386 do RIR, autoriza a amortização do ágio pago na hipótese de incorporação da sociedade investidora pela investida.

Neste caso, nos termos do artigo 75 da Instrução Normativa nº 390/04, o ágio pago seria amortizável à razão de 1/60 por mês, aplicando-se à CSLL, reflexamente, todos os argumentos anteriormente expostos.

Alinhado às conclusões da Recorrente, voto por **dar provimento** ao recurso voluntário, nesse tópico.

Da multa de 150%

A DRJ entendeu, por unanimidade, que o presente caso não seria hipótese de aplicação dessa imposição majorada e reduziu a penalidade para 75% por entender que não houve qualquer intuito fraudulento na operação envolvendo os Grupos IP e VCP. Destacamos:

"O que não se admitiu, linhas atrás, foi a amortização fiscal no termos do artigo 386 do RIR/99 pela impugnante, por esta não ser a sociedade que efetivamente suportou o pagamento do ágio. E esse conclusão, de que a impugnante não poderia ser valer da dedutibilidade fiscal do ágio em comento, não decorre do fato de terem as partes celebrado um contrato de permuta. Mesmo na permuta, se o bem recebido tiver um valor superior ao bem entregue, há que se reconhecer um sobrepreço que, no caso de investimentos societários, denomina-se ágio.

Dessarte, entendo que os autos retratam somente um planejamento tributário fundado em equivocada interpretação dada pela impugnante ao concreto alcance das normas legais que regem a amortização do ágio na aquisição de investimentos, não sendo cabível a aplicação da multa qualificada ao percentual de 150%, prevista para as hipóteses de fraude tributária." (p. 38 da Decisão DRJ).

Dessa forma, ainda que o Auto de Infração não seja cancelado, esse entendimento da DRJ merece ser mantido.

Contudo, uma vez que a Decisão DRJ está sujeita, nos termos do artigo 34, I do Decreto 70.235/72, ao julgamento do recurso de ofício interposto pela autoridade de primeira instância administrativa, a Recorrente apresentará de forma objetiva os argumentos apresentados em sua impugnação e que levaram a DRJ a reduzir a multa majorada de 150% em razão de o comportamento da Recorrente não ter sido dotado de qualquer intuito fraudulento.

No entendimento da autoridade lançadora, a operação de incorporação da LA se enquadraria na situação prevista pelo artigo 44, II da Lei nº 9.430/96 e no artigo 72 da Lei nº 4.502/64.

João Francisco Bianco, ao analisar as hipóteses de majoração da multa na legislação federal, ensina que o dolo exigido pelos dispositivos em tela é o dolo penal, definido como a vontade ou intenção de praticar um ato previsto como crime, isto é, a plena consciência de que o ato praticado irá ocasionar o resultado delituoso. E conclui:

"Assim, se considerarmos que a expressão fraude dolosa está se referindo ao dolo do Direito Civil, a sua interpretação resultaria em uma impropriedade técnica tão incongruente e contraditória quanto as expressões penhor anticrético ou mútuo comodante, pois fraude e dolo civil também são espécies de um mesmo gênero (defeitos dos negócios jurídicos). É por isso que o dolo de que trata o artigo 72 da Lei nº 4.502/1964 não pode ser entendido como o dolo civil. O resultado dessa interpretação seria ilógico.

Ora, se o dolo constante da definição de fraude fiscal não é aquele definido pelo Direito Civil, a única conclusão possível é que o dolo de que trata o artigo 72 é aquele regido pelo Direito Penal. Necessariamente, portanto, a fraude fiscal é aquela caracterizada pela prática de uma ação ou omissão intencionalmente criminosa, tendente a impedir a ocorrência do fato gerador do tributo. É a falsificação de documento, é a emissão de nota fiscal espelhada ou calçada, é a prestação de informação falsa às autoridades fazendárias, é a venda de mercadorias sem documentação fiscal etc."

Assim, para verificar a ocorrência da fraude, deve-se analisar o comportamento do contribuinte, ou seja, se o contribuinte modificou ou excluiu elementos do fato gerador ou retardou ou impediu sua ocorrência mediante a adoção de ações intencionalmente criminosas tendentes a enganar a fiscalização.

Analisando-se algumas decisões emanadas do CARF, depreende-se que os comportamentos ou circunstâncias fáticas aptos a caracterizar a ação ou omissão dolosa caracterizada como fraude são os seguintes:

- adulteração de documentos fiscais (Ac. 105-2.984/88);
- utilização de conta bancária fictícia e de conta-corrente fantasma (Ac. 103-12.17 8/92 - Ac. 102-40.853/96 -Ac. 101-92.245/98);
- utilização de documento falso e de documento ideologicamente falso (Ac. 105-4.060/90 - Ac. 103-18.019/96 - Ac. 104-14.960/97 - Ac. 101-74.402/83 - Ac. 106-2.759/90 - Ac. CSRF/01-928/89);
- utilização de documento não idôneo e de documento de empresa fantasma (Ac. 101-91.654/97 - Ac. 107-233/93 - Ac. 102-27.594/92 - Ac. 103-19.731/98 - Ac. 108-04.916/98);
- emissão de notas fiscais paralelas (Ac. 101-85.896/93 -Ac. 101-85.902/93);
- emissão de notas fiscais calçadas (Ac. 103-06.377/84 -Ac. 101-74.233/83 - Ac. 105-2.984/88).

Pela sua relevância, importante transcrever entendimento consolidado da C. Câmara Superior de Recursos Fiscais:

"IRPF - DEPÓSITOS BANCÁRIOS SEM ORIGEM COMPROVADA PRESUNÇÃO LEGAL - MULTA QUALIFICADA. Para que possa ser aplicada a penalidade qualificada prevista, à época do lançamento em apreço, no artigo 44, inciso II, da Lei nº 9.430/96, a autoridade lançadora deve coligir aos autos elementos comprobatórios de que a conduta do sujeito passivo está inserida nos conceitos de sonegação, fraude ou conluio, tal qual descrito nos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64. O evidente intuito de fraude não se presume e deve ser demonstrado pela fiscalização (...)" (Acórdão nº 9202-00.910, da 2ª Turma da 2ª Câmara da CSRF; Rei. Cons. Gonçalo Bonet Allage; sessão de 16.8.2010)

"MULTA QUALIFICADA DE 150%. A aplicação da multa qualificada pressupõe a comprovação inequívoca do evidente intuito de fraude. O fato de o contribuinte ter apresentado Declaração com valor inferior ao apurado pela fiscalização não é, por si só, motivo para a qualificação da penalidade. A hipótese prevista no artigo 44, inciso II, da Lei 9430/96, deve ser interpretada restritivamente, e aplicada somente nos casos de fraude, em que tenha ficado demonstrado pela fiscalização que o contribuinte agiu dolosamente. Para aplicar-se a multa qualificada de 150%, a fiscalização deve instruir com documentos que comprovem a acusação." (Acórdão nº 9101-00.298, da 1ª Turma da CSRF; Rei. Cons. Karem Jureidini Dias; sessão de 24.8.2009)

Note-se que a ação ou omissão dolosa sempre é acompanhada da adjetivação - adulterada, fictícia, inidônea, falsa, ideologicamente falsa, nota calçada, nota paralela, empresa fantasma, etc. - identificadora de comportamento delituoso.

No presente caso, não houve qualquer comportamento delituoso ou ato ilícito - emissão de documentos falsos, inidôneos, alterados, constituição de empresas fantasmas - visando a alterar o fato gerador e reduzir o valor de imposto a pagar.

Tanto é verdade que em nenhum momento a autoridade lançadora questiona a legalidade e legitimidade dos atos societários praticados pela Recorrente. Conforme já foi dito, a acusação fiscal reconhece que não há vício nos procedimentos de criação ou aquisição da LA, ou dos atos de incorporação realizados em momento posterior. De fato, a autoridade lançadora apenas não aceita os efeitos fiscais de tais atos, mas em nenhum momento refuta a regularidade dos mesmos.

Ademais, a fraude pressupõe que os atos realizados pelo contribuinte tenham como objetivo final impedir ou retardar o fato gerador, de maneira a reduzir o valor do tributo devido. Isto é, os atos devem ser praticados com o objetivo de mitigar o impacto da carga tributária. A própria autoridade fiscal expressamente validou o registro, mensuração e fundamentação econômica do ágio amortizado, o que resulta na conclusão lógica de que inexistiu a redução dolosa do tributo mencionada no art. 72 da Lei nº 4.502/64, assim como inexistiu a intenção de prejudicar o Fisco ou de obter vantagem indevida.

A impossibilidade de majoração da multa no caso presente fica ainda mais evidente ao se notar que a controvérsia aqui posta reside em mera divergência quanto à interpretação das normas aplicáveis, já que o procedimento adotado pela Recorrente já foi corroborado pela jurisprudência desse E. CARF em situações análogas. Nessas situações esse E. CARF também tem afastado a majoração da multa :

"PENALIDADE QUALIFICADA - EVIDENTE INTUITO DE FRAUDE INOCORRÊNCIA - SIMULAÇÃO RELATIVA - A evidência da intenção dolosa, exigida na lei para agravamento da penalidade aplicada, há que aflorar na instrução processual, devendo ser inconteste e demonstrada de forma cabal. O atendimento a todas as solicitações do Fisco e observância da legislação societária, com a divulgação e registro nos órgãos públicos competentes, inclusive com o cumprimento das formalidades devidas junto à Receita Federal, ensejam a intenção de obter economia de impostos, por meios supostamente elisivos, mas não evidenciam má-fé, inerente à prática de atos fraudulentos." (Acórdão 108-09.037, Relatora Karem Jureidini Dias - Designada. No mesmo sentido, vide: Acórdão 108-09.227, Relator Margil Mourão Gil Nunes - Designado)

Por fim, deve-se, ainda, apresentar que, segundo entendimento doutrinário e jurisprudencial dominante, ao dispor sobre a aplicação de sanções tributárias, o CTN encampa a chamada "teoria da imputação subjetiva", segundo a qual a aplicação de penalidade deve levar em consideração a conduta do contribuinte diante de um risco novo e injusto, e não apenas sob a perspectiva da mera ação materialmente realizada.

Em outras palavras, para que reste configurada a hipótese de aplicação de uma penalidade, as autoridades fiscais devem demonstrar a ocorrência de aspectos objetivos e subjetivos na conduta do contribuinte, sendo que somente após essa avaliação, pode-se decidir pela aplicação ou não da penalidade, conforme já decidido pela C. Câmara Superior de Recursos Fiscais:

"MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. Para a aplicação da multa qualificada de 150%, é indispensável a plena caracterização e comprovação da prática de uma conduta fraudulenta por parte do contribuinte, ou seja, é absolutamente necessário restar demonstrada a materialidade dessa conduta, ou que fique configurado o dolo específico do agente evidenciando não somente a intenção mas também o seu objetivo." (Acórdão nº 9101-00.48 9, da 1ª Turma da CSRF; Rei. Cons. Ivete Malaguias Pessoa Monteiro; sessão de 25.1.2010)

"MULTA QUALIFICADA. Presentes os elementos subjetivos dolo (consciência) e elemento subjetivo do injusto (finalidade) pagar menos imposto, correta é a multa qualificada" (Acórdão nº 01-05.947, da 1ª Turma da CSRF; Rei. Cons. Mario Sergio Fernandes Barroso; sessão de 11.8.2008)

Portanto, sob o ponto de vista da "teoria da imputação subjetiva" resta claro que a Recorrente não incorreu em nenhum dos aspectos de ordem objetiva e subjetiva que permitissem a aplicação da penalidade qualificada.

Ora, em momento algum a Recorrente agiu de forma a sonegar tributos, fraudar documentos ou evitar dolosamente tributos mediante conluio, conforme disposto nos artigos 71 a 73 da Lei 4.502/64. E também não agiu mediante simulação, dolo, ou abuso de direito, de forma que quaisquer elementos de natureza objetiva que pudessem ser imputados à Recorrente não ocorreram no presente caso.

Sob o aspecto subjetivo, ficou claro também que a Recorrente não teve nenhuma intenção de omitir, ocultar, ou disfarçar a ocorrência de quaisquer fatos geradores de obrigações tributárias que a ela pudessem ser imputados, ou de impedir de qualquer forma o trabalho da D. Fiscalização.

E, ainda que assim não se entendesse, o que se admite apenas para argumentar, o artigo 112 do CTN dispõe expressamente que a norma tributária que comine penalidades deverá ser interpretada e aplicada da maneira mais favorável ao contribuinte em casos de dúvida a respeito da capitulação legal do fato e da natureza ou das circunstâncias materiais do fato.

Sobre esse dispositivo, o Professor Marco Aurélio Greco esclarece a definição do que seja dúvida a respeito da capitulação legal do fato e da natureza ou das circunstâncias materiais do fato:

"Dúvida quanto à capitulação legal do fato (inciso I) não se dá apenas quando o mesmo fato pode ser entendido como configurando duas infrações distintas. Ocorre também quando o fato pode ser considerado como configurando uma infração e uma não infração. Ou seja, em que o mesmo evento concreto pode ser compreendido e qualificado juridicamente como infração ou como não infração a depender do relevo e da tônica que se dê a alguma de suas características. Neste caso, o artigo 112 determina que se conclua que o caso é de não infração (mais favorável ao contribuinte).

Dúvida quanto às circunstâncias materiais do fato (inciso II) atine, por exemplo, à existência de boa-fé e lisura de comportamento do contribuinte na prática da conduta questionada, hipótese em que, por exemplo, podem se configurar casos de erro de tipo ou erro de proibição. Neste caso, o ditame do artigo 112 aponta na direção da não aplicação da penalidade ou, quando menos, no seu não agravamento."

Diante do exposto, alinhado às conclusões anteriores, voto no sentido de **dar provimento** ao recurso voluntário, nesse tópico.

Por todo o exposto, voto no sentido de **dar provimento** ao recurso voluntário.

Recurso de Ofício

Em face da exoneração parcial do crédito pelo acórdão recorrido foi interposto recurso de ofício pelo colegiado *a quo*.

O recurso de ofício deve ser conhecido, pois o valor exonerado extrapola o limite fixado pelo Ministro da Fazenda, por meio da Portaria MF. nº 63, de 09/02/2017 (créditos de tributos e encargos de multa superior a R\$ 2.500.000,00).

A autoridade lançadora aplicou multa majorada de 150% prevista no artigo 44, § 1o. da Lei nº 9.430/96, enquadrando o caso presente no artigo 72 (fraude) da Lei nº 4.502/64.

Houve Impugnação, oportunidade em que buscou-se demonstrar a improcedência da exigência fiscal formulada. Por unanimidade, a DRJ afastou a aplicação da multa majorada, reduzindo a penalidade para 75%. A respeito, o acórdão recorrido recebeu a seguinte ementa:

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. Não estando presentes os fatos caracterizadores de evidente intuito de fraude, como definido nos artigos 71 a 73 da Lei nº 4.502/64, reduz-se a multa qualificada de 150% para o percentual de 75%.

Não há reparos à fazer à decisão recorrida neste ponto. Tendo sido afastadas as razões formuladas pela DRF.

Assim, voto por **negar provimento ao recurso de ofício**.

(assinado digitalmente)

Rogério Aparecido Gil

Declaração de Voto

Conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado

Em que pese o bem fundamentado voto do i. Relator, que deu provimento ao recurso voluntário para afastar a glosa de amortização do ágio pela recorrente, os elementos trazidos ao autos me conduziram a conclusão diversa.

Trata-se de uma operação de aquisição de investimento por uma empresa estrangeira (IPH), que mediante permuta de ativos com o grupo VCP, passou a deter a participação societária da recém-criada empresa LA Celulose, mediante o desmembramento de

parte do acervo da empresa VCP, entregando em troca a participação societária que detinha na empresa Chamflora.

Em que pese esta operação tenha sido realizada entre parte independentes, mediante a permuta de ativos reais, verifica-se que o eventual ágio gerado nesta operação somente podia ser reconhecido pela empresa investidora, IPH, cuja sede fica na Holanda.

Ocorre que, após adquirir o investimento, a empresa sediada no exterior (IPH) houve por bem transferir o controle societário da empresa LA Celulose para a sua controlada no Brasil, IPB (ora recorrente).

Tal transferência, segundo o item 43 do TVF, se deu por meio de aumento de capital na IPB, efetuado pela IPH, mediante a subscrição das ações detidas por ela na empresa LA Celulose, passando este de R\$ 601.100.228,00 para R\$ 3.645.171.326,00, sendo neste momento reconhecido um ágio, pela IPB, em face da participação societária da LA Celulose, no valor de R\$ 2.039.071.819,61.

O valor atribuído às quotas da LA Celulose, de cerca de R\$ 3,04 bilhões corresponde exatamente ao valor pelo qual fora adquirido pela empresa IPH.

Na sequência das operações, a empresa IPB incorporou a sua controlada LACelulose, passando a amortizar o ágio reconhecido para fins fiscais.

Nota-se claramente que, se existe um ágio a ser reconhecido nestas operações, este devia ser feito tão somente pela empresa IPH, com sede na Holanda, por ocasião da aquisição da empresa LA Celulose.

Todas as operações subsequentes tem cunho interno ao grupo IPH e tem como única motivação a geração e reconhecimento de um ágio não suportado pela sua controlada brasileira (IPB), com vistas à sua dedução fiscal no Brasil.

Com a devida vênia, penso que tal ágio não pode ser reconhecido para fins de sua amortização no Brasil. A mera transferência do controle societário da empresa LA Celulose da controladora estrangeira (IPH) para sua controlada no Brasil (IPB) não tem o condão de gerar um novo ágio passível de ser reconhecido e deduzido com base no art. 386 do RIR/99.

Não tem razão a recorrente quando alega que a autoridade fiscal teria baseado o lançamento unicamente com fundamento nas normas de dedutibilidade das despesas (art. 299 do RIR), porquanto se vêem, claramente citados no Termo de Verificação Fiscal e no auto de infração do IRPJ, os arts. 385 e 386 do RIR e os arts 7ª e 8ª da Lei nº 9.532/1997. Além do mais a imputação feita no TVF aponta claramente a motivação da glosa da dedução do ágio em face do não cumprimento aos requisitos de sua dedutibilidade, situação plenamente compreendida pela recorrente, como revelam sua impugnação e recurso.

Não obstante, penso que além do atendimento aos requisitos do art. 386 do RIR/99, a dedutibilidade também passa pela necessidade da despesa para a manutenção e geração da fonte produtora dos rendimentos.

A recorrente alega que é equivocado o entendimento da fiscalização quando esta fundamenta a indedutibilidade do ágio com base no conceito de despesas necessárias estabelecido no art. 299 do RIR/99 uma vez que existe regra específica de dedutibilidade das

despesas com amortização de ágio (art. 386, inc. III, § 2º do RIR/99), pois que, diferente da condição geral imposta pelo artigo 299 do RIR/99, a norma específica acima transcrita não estabelece, como requisito para a dedutibilidade da amortização do ágio, que a despesa seja necessária ou incorrida, como indevidamente sustentou-se na decisão recorrida.

Embora tenha sido apontado no TVF e no auto de infração que as operações que deram ensejo ao ágio não encontram amparo nas regras de dedutibilidade previstas no art. 386, inc. III, § 2º do RIR/99), que tratam especificamente da dedução da amortização do ágio, estas não estão, e nem poderiam estar dissociadas dos conceitos legais as normas gerais de dedutibilidade das despesas previstos no art. 299 do RIR/1999, amparado no art. 47 da Lei 4.506/1964.

Quando a lei define como "*necessárias as despesas pagas ou incorridas para a realização das transações ou operações exigidas pela atividade da empresa*" está a indicar a presença de dois elementos essenciais para a dedutibilidade de qualquer despesa: 1) serem pagas ou incorridas e, 2) serem necessárias a realização das atividades da empresa.

Obviamente, a lei poderá estabelecer a dedutibilidade de despesas que não são imprescindíveis à atividade da empresa, como ocorre, p. ex., com os juros sobre o capital próprio. Mas, certamente em nenhum caso se admite que a despesa não seja paga ou ao menos incorrida para fins de sua dedutibilidade.

Penso que se trata de um princípio geral de dedutibilidade de despesas e que, no mínimo, reforçam a necessidade de que o ágio dedutível é aquele que foi suportado por um dispêndio (sacrifício patrimonial) efetivo.

Tal norma se faz mais importante quando se denota que a empresa controlada brasileira não despendeu nenhum esforço patrimonial para a aquisição do investimento que supostamente teria gerado o ágio, sendo mera receptora do investimento feito por sua controlada no exterior, não havendo que se cogitar, no caso, de qualquer dispêndio necessário à consecução de suas atividades.

Melhor sorte não tem a dedutibilidade do referido ágio sob as normas especiais que dele tratam (art. 385 e 386 do RIR/99) e arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997.

Ocorre que a dedutibilidade do ágio, além de passar necessariamente pela efetividade do dispêndio na aquisição do investimento por parte da empresa que passa a deter o investimento, exige a necessária confusão patrimonial entre investidora e investida, para que se admita sua dedução.

Tal não ocorre no presente caso.

A real investidora (IPH) continua a existir e a deter o controle sobre sua controlada recebeu a transferência da participação societária por ela adquirida (LA Celulose) e efetuou sua incorporação. Não houve extinção do investimento, mas mera absorção, mediante incorporação ao patrimônio de sua controlada direta (IPB)

A 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais em decisões bastante recentes (Acórdãos nº 9101-002.186 e 9101-002.187), analisou a questão da transferência do ágio pago e entendeu que a dedutibilidade do ágio fica prejudicada, neste caso, por não se

subsumir à hipótese descrita nos art. 385 e 386 do RIR/99, conforme espelhado na seguinte ementa:

TRANSFERÊNCIA DE ÁGIO. IMPOSSIBILIDADE.

A subsunção aos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, assim como aos artigos 385 e 386 do RIR/99, exige a satisfação dos aspectos temporal, pessoal e material. Exclusivamente no caso em que a investida adquire a investidora original (ou adquire diretamente a investidora de fato) é que haverá o atendimento a esses aspectos, tendo em vista a ausência de normatização própria que amplie os aspectos pessoal e material a outras pessoas jurídicas ou que preveja a possibilidade de intermediação ou de interposição por meio de outras pessoas jurídicas.

Não há previsão legal, no contexto dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 e dos artigos 385 e 386 do RIR/99, para transferência de ágio por meio de interpоста pessoa jurídica da pessoa jurídica que pagou o ágio para a pessoa jurídica que o amortizar, que foi o caso dos autos, sendo indevida a amortização do ágio pela recorrida.

Transcrevo, por oportuno, fragmentos do voto condutor do Acórdão nº 9101 - 002.186, da CSRF, contendo os seus fundamentos, verbis:

Para o julgamento de mérito sobre a despesa de amortização de ágio e seus reflexos tributários, da mesma forma como fiz para o processo nº 19647.01051/200783, adoto a recente jurisprudência do CARF que considero mais adequada e que restou cinzelada no Acórdão nº 1103001.170, de 04/02/2015, da relatoria do nobre Conselheiro André Mendes de Moura. Seguem trechos do voto condutor:

"[...]

O investimento adquirido com ágio pode ser alienado, liquidado, ou mesmo ser objeto de uma transformação societária.

Passam a ser tratadas as situações específicas, como se pode verificar nos arts. 391 e 426 do RIR/99:

[...]

Verifica-se que o aproveitamento do ágio ocorre no momento em que o investimento que lhe deu causa for objeto de alienação ou liquidação, oportunidade em que o ágio irá compor a apuração do custo de aquisição a ser considerado no ganho de capital auferido pelo alienante.

Por sua vez, em eventos de transformação societária, quando investidora absorve o patrimônio da investida (ou vice versa), adquirido com ágio ou deságio, em razão de cisão, fusão ou incorporação, resolveu o legislador disciplinar a situação no art. 386 do RIR/99:

[...]

Fica evidente que os arts. 385 e 386 do RIR/99 guardam conexão indissociável, constituindo-se em norma tributária permissiva do

aproveitamento do ágio nos casos de incorporação, fusão ou cisão envolvendo o investimento objeto da mais valia.

A norma em debate tem repercussão direta na base de cálculo do tributo, o que permite a sua análise sob a perspectiva da hipótese de incidência tributária delineada pela melhor doutrina (Geraldo Ataliba, Hipótese de Incidência Tributária).

Esclarece o doutrinador que a hipótese de incidência se apresenta sob variados aspectos, cuja reunião lhe dá entidade.

*Ao se apreciar o aspecto **pessoal**, merecem relevo as palavras da doutrina, ao determinar que se trata da qualidade que determina os sujeitos da obrigação tributária.*

*E a norma em debate se dirige à **investidora, aquela que efetivamente acreditou na mais valia do investimento, fez os estudos de rentabilidade futura e desembolsou os recursos para a aquisição, sendo ela, e apenas ela a destinatária da prerrogativa de amortização do sobrepreço. A partir do momento em que o ágio é transferido ou repassado para outras pessoas (de A para B, de B para C, de C para D e assim sucessivamente), pessoas jurídicas distintas da investidora, a subsunção ao art. 386 do RIR/99 torna-se impossível, vez que o fato impositivo (suporte fático, situado no plano concreto) deixa de ser amoldar à hipótese de incidência da norma (plano abstrato), por incompatibilidade do aspecto **pessoal**.***

*A respeito do aspecto **temporal**, cabe verificar o momento em que o contribuinte aproveita-se da amortização do ágio, mediante ajustes na escrituração contábil e no LALUR, **evento que provoca impacto direto na apuração da base de cálculo tributável.***

*Sobre o aspecto **material**, há que se observar que **apenas o ágio com fundamento econômico no valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros** é que tem a amortização autorizada em sessenta parcelas.*

*Ainda, há que se consumir a **confusão de patrimônio** entre investidora e investida, a que faz alusão o caput do art. 386 do RIR (A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio...), ou seja, o lucro e o investimento que lhe deu causa passam a se comunicar diretamente.*

Compartilhando o mesmo patrimônio investidora e investida, consolida-se cenário no qual a mesma pessoa jurídica que adquiriu o investimento com mais valia (ágio) baseado na expectativa de rentabilidade futura, passa a ser tributada pelos lucros percebidos nesse investimento."

Naquela assentada, tratava-se de caso em que a incorporação se deu conforme o caput do art. 386 do RIR/99. Já no caso dos autos, trata-se de incorporação nos

moldes do §6º do art. 386 do RIR/99 (que é comumente conhecida como incorporação "às avessas"). Embora isso não vá impactar nas premissas de exegese da norma, faz-se necessário tecer comentários adicionais quantos aos aspectos pessoal e material, de forma a adequá-los a esse modelo de incorporação:

[...]

O §6º do art. 386 do RIR/99, na realidade o art. 8º da Lei nº 9.532/97 (do qual este é mera cópia), se utilizou de uma técnica legislativa que faz uso da propriedade transitiva, assim o que vale para o *caput* do art. 386 do RIR/99 vale para o §6º do mesmo artigo, fazendo-se apenas a adaptação para contemplar a situação prevista.

Portanto, o §6º do art. 386 do RIR/99, sob o significado pessoal, se dirige à investida que incorporar a investidora que efetivamente acreditou na mais valia do investimento, fez os estudos de rentabilidade futura e desembolsou os recursos para a aquisição da participação societária (tanto o valor do principal quanto o valor do ágio). Ou seja, quando ocorre a incorporação, pela investida, da investidora "original" ou investidora *stricto sensu* (no sentido de que a originalidade está indissociavelmente ligada a pessoa jurídica que paga o ágio e, por isso mesmo, tem confiança na rentabilidade futura, pois é quem assume o risco) é que se dá a subsunção do fato à norma e surge a prerrogativa de amortização do sobrepreço.

Analisando as situações possíveis, sob a ótica dos dois tipos de incorporações, a partir do momento em que o ágio é transferido ou repassado para outras pessoas (de A para B, de B para C, de C para D e assim sucessivamente), pessoas jurídicas distintas da investidora **original** (para, ao fim, incorporar a investida ou ser incorporada pela investida), a subsunção ao **caput do art. 386 do RIR/99 ou ao §6º do mesmo artigo** torna-se impossível, vez que o fato impositivo (suporte fático, situado no plano concreto) deixa de ser amoldar à hipótese de incidência da norma (plano abstrato), por incompatibilidade do aspecto pessoal (seja no caso de a investidora que tiver incorporado a investida seja outra investidora que não a original, seja no caso de a investida estar incorporando uma investidora que não a original).

Da mesma forma que no aspecto pessoal, **a confusão de patrimônios**, principal item do aspecto material, para fins de enquadramento no §6º do art. 386 do RIR/99, consoma-se quando, na investida, o lucro futuro e o investimento original com expectativa desse lucro (aquele que foi sobreavaliado) passam a se comunicar diretamente (os riscos se fundem: o risco do investimento assim entendido os recursos aportados e o risco do empreendimento).

Compartilhando o mesmo patrimônio a investida e a investidora original, consolida-se cenário no qual a mesma pessoa jurídica que honrará a rentabilidade futura passa a ser detentora da mais valia (ágio) do investimento baseado na expectativa dessa rentabilidade.

[...]

Em síntese, a subsunção aos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, assim como aos artigos 385 e 386 do RIR/99, exige a satisfação dos aspectos temporal, pessoal e material.

Na atual redação destes dispositivos e para o caso de incorporação "às avessas", exclusivamente no caso em que a investida **adquire a investidora original** (ou **adquire diretamente a investidora**, nessa linha de raciocínio as intermediárias não seriam investidoras de fato, apenas de direito) é que haverá o

atendimento a esses aspectos, tendo em vista a ausência de normatização própria que amplie os aspectos pessoal e material a outras pessoas jurídicas ou que preveja a possibilidade de intermediação ou de interposição por meio de outras pessoas jurídicas. No caso dos autos, esses aspectos não foram satisfeitos, em especial dos aspectos pessoal e material, vejamos:

A utilização de uma pessoa jurídica interposta (Leicester Comercial S.A) para transferência do ágio, que veio a ser adquirida pela investida (CELPE), mas que não era a investidora original (investidora de fato, a que pagou o ágio), implica no desatendimento dos aspectos pessoal e material e, conseqüentemente, na descaracterização da aplicação dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 e dos artigos 385 e 386 do RIR/99, que resulta na impossibilidade da amortização do ágio.

A amortização do ágio seria devida apenas se a empresa investida (CELPE) tivesse incorporado a investidora original (investidora *strico sensu*), pois somente essa se enquadra nos aspectos pessoal e material. Pouco importa terem havido motivos de ordem societária, técnica ou mercadológica que impedião a CELPE de incorporar a real investidora: são as situações que devem se moldar à lei, para fins de aplicação da norma, e não a lei que tem que se moldar às situações, o que implicaria em substituir a coercitividade da regra pela conveniência dos regradados.

Na linha dos fundamentos trazidos no acórdão citado, o aproveitamento do ágio somente seria possível, no presente caso, se a empresa LA Celulose tivesse incorporado a IPH (e não incorporada pela IPB), pois somente assim haveria a confusão patrimonial, consumando-se, na investida, o lucro futuro e o investimento original com expectativa desse lucro (aquele que foi sobrevalorizado) passam a se comunicar diretamente. Situação que não se verifica no presente caso, inviabilizando os aspectos pessoais e materiais da hipótese de incidência.

Por todo o exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Luiz Tadeu Matosinho Machado

Declaração de Voto

Conselheiro Alberto Pinto Souza Junior.

Não obstante acompanhe o voto do I. Relator, para cancelar os lançamentos em tela, solicitei a apresentação desta declaração de voto, para expor algumas considerações sobre pontos da matéria que ora se examina.

A Ementa do acórdão de primeira instância sustenta que:

"AMORTIZAÇÃO FISCAL DE ÁGIO TRANSFERIDO EM SUBSCRIÇÃO DE CAPITAL MEDIANTE APOORTE DE INVESTIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. Não se admite a amortização fiscal do ágio transferido mediante aporte de investimento proveniente da sociedade investidora, que efetivamente suportou o pagamento do ágio, por ausência de

previsão legal e porque tal hipótese possibilitaria o duplo aproveitamento fiscal do ágio."

Esse entendimento reflete o que vem se repetindo em várias autuações que tem sido objeto de julgamento por esta Tuma, as quais refletem muito mais um inconformismo do Fisco com as normas insculpidas nos arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97 do que com os fatos apurados nas fiscalizações. Trata-se do que, vulgarmente, passou-se a denominar de "transferência de ágio".

O I. Presidente desta Turma traz, em seu voto vista, jurisprudência da Câmara Superior de Recursos Fiscais, a qual vale ser novamente transcrita:

"TRANSFERÊNCIA DE ÁGIO. IMPOSSIBILIDADE.

A subsunção aos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, assim como aos artigos 385 e 386 do RIR/99, exige a satisfação dos aspectos temporal, pessoal e material. Exclusivamente no caso em que a investida adquire a investidora original (ou adquire diretamente a investidora de fato) é que haverá o atendimento a esses aspectos, tendo em vista a ausência de normatização própria que amplie os aspectos pessoal e material a outras pessoas jurídicas ou que preveja a possibilidade de intermediação ou de interposição por meio de outras pessoas jurídicas.

Não há previsão legal, no contexto dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 e dos artigos 385 e 386 do RIR/99, para transferência de ágio por meio de interposta pessoa jurídica da pessoa jurídica que pagou o ágio para a pessoa jurídica que o amortizar, que foi o caso dos autos, sendo indevida a amortização do ágio pela recorrida."

Com a devida vênia dos seus defensores, a meu ver, tal entendimento redundaria de um rotundo equívoco jurídico e contábil, se não vejamos o que se segue.

No caso de uma subscrição de capital com ágio, este (o ágio) é apenas a diferença entre o custo de aquisição e o valor patrimonial líquido da participação adquirida, como dispunha o inciso II do art. 20 do DL 1598/77, na sua redação vigente à época dos fatos. Assim, por óbvio, a investidora deverá registrar um investimento, cujo custo de aquisição será a soma das subcontas referentes ao valor patrimonial líquido da participação e ao ágio. Ora, se porventura esse investimento for dado na aquisição de participação de uma outra sociedade (integralização de capital) de valor superior ao dele (ao do investimento dado em pagamento), surgirá um outro ágio dessa operação, a ser registrado na contabilidade da sociedade que recebeu a integralização, já que o investimento foi recebido (em integralização de capital) por valor superior ao do seu acervo líquido contábil. Repita-se, se aquele primeiro ágio estava registrado na pessoa jurídica subscritora, este outro ágio será registrado na pessoa jurídica que recebeu o investimento em integralização de capital e, não necessariamente, eles terão o mesmo valor, mas, mesmo que assim seja, não significa que tenha ocorrido uma transferência de um mesmo ágio da investidora para a investida.

Aliás, lembre-se que, se na hipótese descrita, se há ágio a ser registrado na investida, houve ganho de capital na investidora, esse sim deveria ser objeto de uma maior atenção do Fisco, mesmo porque há previsão de tributação no país de ganho de capital auferido no Brasil por domiciliado no exterior (art. 26 da Lei nº 10.833/03).

Como, então, pode o julgador falar que estaríamos, nesta situação, diante de um mesmo ágio? Só há três possíveis respostas. Primeiro, um conhecimento superficial da legislação que

rege a matéria, especialmente o método da equivalência patrimonial, hipótese que descarto de plano, por serem os julgadores administrativos profundos conhecedores da matéria. Segundo, se houvesse, nos autos, demonstração cabal da ocorrência de fraude/simulação na operação de integralização de participação com a dação de participação em outra pessoa jurídica, hipótese que também descarto, por tudo que já foi sustentado na decisão de primeira instância e por esta Turma, ao negar provimento ao recurso de ofício. Resta, então, a única resposta viável, estamos realmente diante de mais um lançamento tributário que revela apenas o inconformismo da Fiscalização com os arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97, razão pela qual esta autuação não se sustenta.

Por último, vale registrar que, ao que parece, esse inconformismo tomou conta também da D. Procuradoria da Fazenda Nacional, pois, do púlpito, o I. Procurador tentou desqualificar o laudo de avaliação, por entender que o cálculo do ágio com base na rentabilidade futura deveria levar em conta a avaliação das "ações" de uma investida da sociedade avaliada, em vez de, com fez o laudo, de avaliar o fluxo de caixa descontado dos ativos de tal investida. Tal argumento também só pode decorrer daquele mesmo inconformismo ao disposto nos citados arts. 7º e 8º. Quem gera caixa são os ativos de uma sociedade, logo, se estamos calculando a rentabilidade futura com base no fluxo de caixa descontado de uma sociedade cujo único ativo é a participação em uma sociedade operacional, devem ser levados em conta o fluxo de caixa dessa sociedade operacional, pois será a sua capacidade de geração de caixa que irá impactar o fluxo de caixa na investidora, pelo recebimento de lucros por aquela distribuídos.

Feitas essas breves observações, reafirmo que voto por acompanhar o voto do I. Relator, para dar provimento ao recurso voluntário e negar provimento ao recurso de ofício.

(assinado digitalmente)

Alberto Pinto Souza Junior