



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

Processo nº 16561.720182/2013-46
Recurso nº De Ofício e Voluntário
Acórdão nº 1402-002.207 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 8 de junho de 2016
Matéria IRPJ - ÁGIO E SUBVENÇÕES
Recorrentes HYPERMARCAS S/A e FAZENDA NACIONAL
Ambos

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2007, 2008, 2009, 2010, 2011

SUBVENÇÃO PARA INVESTIMENTO. PROGRAMA FOMENTAR. LEI ESTADUAL DE GOIÁS N. 13.436/98. ACUSAÇÃO FISCAL DEFICIENTE.

No presente caso, ao invés de aprofundar a investigação sobre a ação do subvencionado, a fiscalização preferiu desqualificar a natureza do incentivo fiscal apenas com base na sua configuração legal. Contudo, a lei estadual promotora do incentivo sob análise foi textual na sua intenção de ampliação e/ou modernização de parque industrial incentivado numa etapa anterior do necessário o casamento entre o momento da aplicação do recurso e o gozo do benefício, ou seja, o "dinheiro não precisa ser carimbado".

A "segunda etapa" do programa FOMENTAR tem na verdade natureza jurídica diversa do programa, e se enquadra na chamada subvenção para investimento. Entretanto, algum controle precisa ser feito porque se ao final do prazo concedido ficar comprovado que nem todo o montante recebido foi aplicado em investimento destinado à consecução do objetivo final do programa, ficará caracterizada a natureza de subvenção para custeio do excesso não utilizado e, neste momento, ficará consubstanciada a disponibilidade da renda para efeitos da sua tributação.

Destarte, é possível que a empresa autuada não esteja mesmo fazendo o devido controle dos recursos obtidos. Mas, isso não foi devidamente investigado nem se configurou como o objeto da acusação fiscal

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

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

ÁGIO. SIMULAÇÃO. INDEDUTIBILIDADE. OPERAÇÕES SEM PROPÓSITO NEGOCIAL.

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

MULTA QUALIFICADA.

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

DECADÊNCIA.

Em sendo afastada a conduta fraudulenta do contribuinte, o prazo para o Fisco constituir o crédito tributário será o previsto no parágrafo 4º do artigo 150 do Código Tributário Nacional, o que torna indevida a autuação sobre o ano-calendário de 2007.

JUROS SOBRE MULTA DE OFÍCIO.

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

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL, PIS e COFINS.

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

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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

Leonardo de Andrade Couto - Presidente.

Demetrius Nichele Macei - Relator.

Processo nº 16561.720182/2013-46
Acórdão n.º **1402-002.207**

S1-C4T2
Fl. 3.105

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Leonardo de Andrade Couto (Presidente), Leonardo Luis Pagano Gonçalves, Demetrius Nichele Macei, Paulo Mateus Ciccone, Roberto Silva Junior, Gilberto Baptista, Fernando Brasil de Oliveira Pinto

CÓPIA

Relatório

Trata o presente processo de autos de infração lavrados contra a contribuinte em referência por meio dos quais se exigem IRPJ, CSLL, Pis e Cofins no valor total de R\$ 23.047.136,66, incluídos a multa de ofício e juros de mora consolidados em 10/12/2013.

Insta informar que, nos anos-calendário 2009, 2010 e 2011, foi apurada matéria tributável cujo montante foi insuficiente para reverter o resultado negativo declarado pela contribuinte, o que levou a Fiscalização a compensar o prejuízo (IRPJ) e a base de cálculo negativa (CSLL) do período, conforme se depreende dos demonstrativos de fls. 1649/1651 e 1664/1666.

Os fatos que motivaram as autuações foram contextualizados no Termo de Verificação Fiscal Parcial (TVF) de fls. 1619/1640, dividido em duas partes, cujo teor é relatado a seguir.

Parte 1 do TVF - Irregularidades relativas ao Ágio - ERCHES

Na parte 1 do TVF, informa a Autoridade Fiscal que efetuou verificações *"relativas às sucessivas operações de reorganizações societárias, as quais geraram valores relevantes de ágio, por expectativa de rentabilidade futura, deduzidos no cálculo da base tributável do IRPJ e da CSLL "*. Destas, merece destaque o caso da Erches Participações Ltda., assim apresentado pela Fiscalização:

A Maiorem Sociedad Anônima de Capital Variable, uma empresa mexicana, tinha como objetivo adquirir ações da Hypermarchas.

Para tanto constituiu uma empresa veículo no Brasil (Erches), destinando a ela os recursos a serem utilizados na aquisição de ações da Hypermarchas.

Ao subscrever capital na Hypermarchas, a Erches o fez com ágio no valor de R\$ 278.519.664,62.

Logo em seguida, por meio do instituto da incorporação reversa, a Hypermarchas incorporou a sua investidora (Erches), passando a deduzir tributariamente o ágio gerado por ela mesma.

Toda essa reorganização societária ocorreu no período de 01/06 a 04/06/2007.

Esse procedimento redundou numa sangria aos cofres públicos da ordem de R\$ 94,7 milhões, por meio da dedução paulatina, desse valor, da base tributável do IRPJ e CSLL num período de 5 anos.

A empresa Erches Participações Ltda., CNPJ 08.568.106/0001-06, foi constituída em 08/12/2006 com capital de R\$ 100,00 dividido em 100 quotas, sendo 99 delas pertencentes a Gyedre Palma Carneiro de Oliveira e quota restante, a Roberto Mario Amaral Lima Neto.

Em 03/05/2007, conforme 1ª alteração contratual, Gyedre transferiu suas quotas para Maiorem Sociedad Anônima de Capital Variable (empresa mexicana) e Roberto, para João Alves de Queiroz Filho.

Em 01/06/2007, a Erches aumenta seu capital de R\$ 100,00 para R\$ 482.225.100,00, mediante a emissão de 482.225.000 quotas, cuja integralização foi efetuada pela Maiorem Sociedad Anônima de Capital Variable por meio de recursos advindos do exterior (México), conforme contrato de câmbio de 31/05/2007.

Ainda em 01/06/2007, a *"Erches subscreve capital na Hipermarcas no valor de R\$ 482.225.100,00, sendo R\$ 241.112.500,00 destinados ao capital e R\$ 241.112.500,00 destinados à reserva de capital, a título de ágio na subscrição de ações, ficando com 38% de participação acionária"*.

Em 04/06/2007, a Hipermarcas incorporou a Erches, procedimento conhecido como incorporação reversa, e deu início às deduções do ágio.

Considera que o próprio lapso temporal entre a criação e a extinção da empresa Erches já revelaria a ausência de propósito comercial da sua presença na operação. Esta empresa, constituída por dois advogados, foi adquirida pela empresa Maiorem e pelo Sr. João Alves de Queiroz Filho (mandatário da Hipermarcas). Ato contínuo, foi providenciado a seu aumento de capital e sua incorporação pela Hipermarcas.

A Erches, consoante o argumentado pela Fiscalização, *"foi apenas uma empresa 'no papel', economicamente inativa"*, não se vislumbrando qualquer *"causa econômica para a existência dessa empresa e nem ânimo do exercício da atividade econômica. A sua existência se deveu apenas para propósito fiscal"*.

Enfatiza a Auditora-Fiscal:

Frise-se que sem a presença da Erches, não seria possível aproveitar tributariamente o ágio no Brasil, pois ele estaria registrado na Maiorem, empresa domiciliada no exterior.

Depois, relata a Fiscalização que intimou a fiscalizada a esclarecer os motivos que levaram a empresa Maiorem a se utilizar da empresa Erches como condutora dos recursos.

Mesmo tendo salientado que somente a empresa Maiorem poderia responder a tal questionamento, a fiscalizada explicou:

(...) Inicialmente, destaca que, no ano de 2007, frente ao grande potencial de crescimento apresentado pela economia brasileira, a Investidora iniciou a prospecção de negócios no território nacional que fossem aderentes à sua estratégia de crescimento. Também era requisito da Investidora que os titulares dos negócios prospectados buscassem novos sócios investidores, não desejando simplesmente alienar o controle das empresas prospectadas.

Na media em que a prospecção de potenciais negócios avançava, a Investidora achou por bem verter o capital destinado a investimentos em empresas brasileiras para a Erches, a qual, agindo como Holding estabelecida no Brasil, concentraria todos os investimentos nas empresas operacionais brasileiras.

Como já exposto em esclarecimentos anteriores, o capital vertido da Investidora para a Erches foi integralmente investido na Contribuinte em 01 de junho de 2007. Desta forma, os planos de investimentos em empresas brasileiras mediante aporte de capital desenvolvido pela Investidora se concretizaram e se concentraram em uma única empresa, a Contribuinte.

Após a integralização dos investimentos, observando a indução da legislação tributária pátria, bem como a racionalização da administração das empresas, a Erches foi incorporada pela Contribuinte.

A Contribuinte entende que desta forma o objetivo da Investidora foi atingido da forma mais direta possível e de maneira a preservar todos os seus direitos e incentivos a luz da legislação brasileira.

Contudo, por não ter sido a motivadora da estrutura questionada, e por não ser representante constituído da Investidora, a Contribuinte não pode garantir que todos os motivos foram abordados e que novos fatos não surgirão na hipótese de notificação direta à Investidora.

A esta explicação, a Auditora-Fiscal se contrapõe, lembrando que "o mandatário da mesma [Hypermarcas], o Sr. João Alves de Queiroz Filho também era sócio da Erches e procurador da Maiorem no Brasil" e conclui:

Pelos esclarecimentos apresentados verifica-se que nada justificaria a utilização de uma empresa veículo como condutor dos recursos da empresa mexicana, a não ser o fato de obter vantagens tributárias.

Prossegue sustentando que o planejamento tributário pretendido seria abusivo.

Depois de lembrar que a própria contribuinte reconheceu que o procedimento teria sido induzido pela legislação tributária, assevera que não é autorizado ao contribuinte "criar uma pseudo-situação para que se enquadre num determinado dispositivo legal a fim de reduzir ou suprimir a base tributária ". Ao agir desta forma, o planejamento tributário torna-se abusivo, ilícito. As deduções promovidas a título de ágio por rentabilidade futura, neste contexto, são indevidas.

Expõe a Autoridade Fiscal:

A investidora original foi a Maiorem e, portanto, para que o ágio fosse aproveitado tributariamente de acordo com a legislação tributária, a Hypermarcas teria que incorporá-la (caso de incorporação reversa), conforme preceitua o artigo o artigo 386, § 6º, II, do RIR/99.

Na verdade, houve uma tentativa ilícita de internalizar o ágio, o qual pertence de fato à investidora original, no caso, a empresa mexicana Maiorem.

Ante o exposto, concluiu a Fiscalização que o procedimento adotado pela contribuinte subsume-se ao disposto no § 1º do artigo 44 da Lei nº 9.430, de 1996, o qual remete ao artigo 72 da Lei nº 4.502, de 1964:

Art. 72. Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido a evitar ou diferir o seu pagamento.

Ao final da primeira parte do TVF, a Fiscalização informa que, por conta de eventos especiais previstos na legislação, três DIPJ foram apresentadas no ano calendário 2007. Relativamente ao ano calendário 2008, apenas uma DIPJ foi transmitida. As bases de cálculo constantes nas DIPJ estão abaixo discriminadas:

PERÍODO	LUCRO REAL	BASE DE CÁLCULO-CSLL
01/01 a 02/06/2007	-RS 4.017,205,30	-RS 4.917.205,30
03/03 a 01/10/2007	-RS 17.043.275,27	-RS 17.043.275,27
02/10 a 31/12/2007	-RS 28.288.842,12	-RS 28.288.842,12
01/01 a 31/12/2008	-RS 58.525.044,24	-RS 56.525.044,24

Em função destas DIPJ, os valores das deduções glosadas são os que se seguem:

PERÍODO	ÁGIO AMORTIZADO
03/06 a 01/10/2007	R\$ 18.567.977,64
02/10 a 31/12/2007	R\$ 13.925.983,23
01/01 a 31/12/2008	R\$ 55.703.932,92

Parte 2 do TVF - Irregularidades relativas ao FOMENTAR

No que concerne à 2ª parte do TVF, relata a Autoridade Fiscal ter constatado "que os valores contabilizados a título de descontos na quitação de dívidas, contraídas no âmbito do Programa FOMENTAR, foram excluídos indevidamente da base de cálculo do IRPJ e das contribuições CSLL/PIS/COFINS, uma vez que, não se caracterizam como subvenção para investimentos e sim, subvenção para custeio ou operação, receita operacional regularmente tributável".

Na continuação, descreve o Programa Fomentar - Fundo de Participação e Fomento à Industrialização do Estado de Goiás, o qual foi criado pela Lei Estadual nº 9.489, de 19/07/1984. Comunica que, posteriormente, o aludido programa passou a ser regulado pela Lei nº 11.180, de 19/04/1990, a qual passou por diversas alterações. A regulamentação foi promovida pelo Decreto Estadual nº 3.822, de 10/07/1992.

E prossegue:

O FOMENTAR tem como objetivo o incremento da atividade econômica na Unidade da Federação, incentivando a expansão das atividades industriais consideradas relevantes. Um dos instrumentos é a concessão de empréstimos de montantes equivalentes a até 70%, via recursos orçamentários, do imposto sobre as operações relativas à circulação de mercadorias e serviços (ICMS) que a empresa tiver de recolher ao erário estadual. Esse empréstimo é concedido pelo Banco de Desenvolvimento do Estado de Goiás S.A. - BD/Goiás, uma sociedade de economia mista, assim a natureza jurídica da dívida deixa de ser tributária e assume o caráter de financiamento.

A Lei Estadual nº 13.436, de 10/12/1998, permitiu a quitação antecipada (com desconto) desses empréstimos concedidos no âmbito do Programa. Segundo os parágrafos 1º e 2º do artigo 1º dessa Lei, os descontos obtidos na liquidação antecipada são considerados subvenção para investimentos. A regulamentação legal de quitação antecipada do financiamento tomado junto ao Programa foi através dos Decretos Estaduais nº 4.989, de 30/12/1998, e nº 5.036, de 16/04/1999.

Dito isto, relata que a contribuinte considerou os benefícios recebidos relativos ao Fomentar como se fossem subvenções para investimentos, excluindo-os das bases de cálculo do IRPJ, da CSLL, do PIS e da COFINS.

Lembra que o entendimento da Secretaria da Receita Federal do Brasil sobre as subvenções para investimento foi externado por meio do Parecer Normativo Cosit nº 112/78, nos seguintes termos:

II - SUBVENÇÕES PARA INVESTIMENTO são as que apresentam as seguintes características:

- a) a intenção do subvencionador de destiná-las para investimento;*
- b) efetiva e específica aplicação da subvenção, pelo beneficiário, nos investimentos previstos na implantação ou expansão do empreendimento econômico projetado; e*
- c) o beneficiário da subvenção ser a pessoa jurídica titular do empreendimento econômico.*

Especificamente sobre o programa Fomentar, a Cosit, na Decisão nº 4, de 21/06/1999, em resposta a consulta formulada pela Confederação Nacional das Indústrias (CNI), da qual a contribuinte é parte, posicionou-se pela tributação das subvenções:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ementa: LUCRO REAL. SUBVENÇÕES PARA INVESTIMENTO.

Os aportes financeiros obtidos mediante o financiamento do valor devido a título de ICMS, ainda que incentivados por juros subsidiados e dispensa total ou parcial da correção monetária, não caracterizam a Subvenção para Investimento e, portanto, serão computados na determinação do Lucro Real.

Dispositivos Legais: art. 391, inciso I do RIR/1994, atual art. 443, inciso I do RIR/1999, PN CST 02/1978 e PN CST112/1978.

(...)

43. De todo o exposto, conclui-se pela descaracterização dos benefícios concedidos no âmbito do projeto FOMENTAR como subvenção para investimentos, relativamente aos valores financiados.

Além disso, segundo a Auditora-Fiscal, a Primeira Cláusula do Instrumento Particular de Financiamento mediante Abertura de Crédito e Outras Avenças, fornecido pela interessada, dispõe que o benefício destina-se "ao reforço do capital de giro,

não à realização de investimentos, ainda que o reforço tenha sido necessário em função de investimento realizado em projetos de ampliação da capacidade produtiva" :

O BANCO abre à FINANCIADA por este instrumento, um crédito de (...) com recursos oriundos do Fundo de Participação e Fomento à Industrialização do Estado de Goiás - FOMENTAR aprovado na vigência da Lei Estadual nº 9.489/84 e dos Decretos nº 2.453/85 e 2.579/86, que lhe é deferido de acordo com o despacho nº 077/91, de 7 de fevereiro de 1991 da Presidência do CD/FOMENTAR, devendo ser utilizado no reforço do seu capital de giro, em decorrência da implantação de sua unidade industrial, objeto deste financiamento, localizada no município (...)

Depois de expor que "não se encontram presentes as características necessárias para que o benefício concedido seja considerado subvenção para investimento, por ausência de vinculação e estrita correspondência entre os benefícios financeiros auferidos pelo contribuinte e o destino desses recursos à realização do investimento, mormente na aquisição, mormente na aquisição dos ativos necessários à expansão do empreendimento econômico", conclui a Autoridade Tributária que, sobre as receitas auferidas a título de desconto na liquidação antecipada do financiamento tomado junto ao programa FOMENTAR, há a incidência do Imposto de Renda da pessoa Jurídica (IRPJ), da CSLL, do PIS e da COFINS.

Prossegue, descrevendo os procedimentos contábeis realizados pela fiscalizada:

Para o ano de 2007, os descontos foram contabilizados como receitas financeiras e reconhecidas pelo contribuinte por ocasião dos leilões, portanto adotando o regime de caixa. A partir de 2008, o reconhecimento passou a ser executado pelo regime de competência, com base na expectativa e históricos de leilões, deixando de ser reconhecido a cada leilão ocorrido, sendo mensalmente, por período de apuração, através de uma expectativa de valores, ajustados devidamente quando apurado em leilão e lançado a crédito em uma conta de dedução de vendas, sendo, assim, expurgados da receita oferecida a tributação através do FCONT.

Para o ano calendário 2008, o "valor de R\$ 14.569.070,21 foi excluído diretamente no LALUR, na Linha 3.9 RTT ICMS FOMENTAR AVP Conta 3150161 ".

Relativamente ao período de 2009 a 2011, "os descontos referentes ao FOMENTAR, encontram-se inseridos nas linhas 1.1. Ajustes do Regime Tributário de Transição - RTT do respectivo LALUR ".

O benefício apurado totalizou R\$ 40.726.149,09, conforme detalhado na tabela abaixo:

Empresa	Data do Leilão	Débito Originário	Valor da quitação	Desconto Obtido	
Hypermarcas	29/06/2007	6.138.617,38	1.061.014,88	5.077.602,50	83%
	Ano 2007	6.136.617,38	1.061.014,88	5.077.602,50	83%
	15/12/2008	2.890.070,35	355.189,65	2.534.880,70	88%
	Ano 2006	2.850.070,35	355.189,55	2.534.880,70	88%
	10/12/2009	19.116.075,73	2.102.768,33	17.013.307,4	89%

	Ano 2009	19.116.075,73	2.102.768,33	17.013.307,4	89%
	26/07/2010	5.251.236,02	577.635,96	4.673.600,06	89%
	13/12/2010	4.786.575,99	526.534,35	4.260.141,63	89%
	Ano 2010	10.037.912,01	1.104.170,32	8.933.741,69	89,00%
	16/07/2011	3.423.927,41	376.632,02	3.047.295,39	8E%
	9/12/2011	4.628.451,02	509.129,60	4.119.321,41	89%
	Ano 2011	8.052.378,43	885.761,63	7.166.616,8	83%
TC TAL	GERAL	40.235.053,90	5.508.904,81	40.726.149,09	88%

No que toca à tributação reflexa, comunicou-se que a exigência da CSLL decorre do disposto no artigo 57 da Lei nº 8.981, de 1995, o qual prevê a mesma regra matriz de incidência do IRPJ.

Quanto ao Pis e à Cofins, a contribuinte, por ser tributada pelo regime do Lucro Real, apura as mencionadas contribuições pelo regime da não-cumulatividade. Com isso, integram a base de cálculo tributável todas as receitas auferidas, inclusive as apuradas no procedimento fiscal, nos termos do artigo 1º das Leis nºs 10.637, de 2002 e 10.833, de 2003.

A Auditora Fiscal encerra comunicando que, no que couber, foram alterados, nos sistemas de controle da RFB, os valores de prejuízos acumulados e de bases negativas da CSLL que haviam sido informados pela contribuinte, conforme tabelas apresentadas.

A recorrente, por sua vez, articula os seguintes argumentos de defesa:

I - Supostas Irregularidades Relativas ao Fomentar

Das Preliminares

I.1 - Da Motivação Equivocada Constante do Termo de Verificação Fiscal

Neste tópico, defende a impugnante que haveria um equívoco na fundamentação das autuações.

Conforme alegado, no TVF, asseverou a Agente do Fisco que *"o contribuinte considerou os benefícios recebidos relativos ao Fomentar como se fossem subvenções para investimentos, excluindo-os, portanto, das bases de cálculo do IRPJ/CSLL/PIS e COFINS"*.

O entendimento do Fisco, argui, estaria amparado na Decisão Cosit nº 04, de 1999, o qual concluiu que as quantias recebidas a título de financiamento do ICMS, devido no âmbito do Fomentar, não se caracterizam como subvenção para investimento, motivo pelo qual deveriam ser adicionados no Lucro Real da Impugnante.

I.2 - Da Obscuridade no Tocante à Base de Cálculo Autuada - Ausência de Liquidez e Certeza do Crédito Tributário Cobrado

Neste subitem, alega a impugnante que haveria outro vício na motivação, este relacionado aos valores lançados nas autuações relativos ao ano-calendário 2010. Conclui a interessada que as divergências apontadas retiram a liquidez e certeza do crédito tributário constituído.

Do Direito

II. 1 - Das Diferenças Entre os Benefícios Instituídos pelo "Fomentar" e pelo "Leilão"

Caso o colegiado não julgue pelo cancelamento das autuações em virtude das preliminares levantadas, a impugnante ofereceu contestações a respeito do mérito das exações.

Inicia discorrendo acerca do programa Fomentar, instituído pela Lei nº 9.489, de 1984, com o objetivo de promover o desenvolvimento industrial do Estado de Goiás. Segundo o artigo 3º da citada lei, os recursos financeiros captados deveriam *"ser aplicados exclusivamente em projetos cuja prioridade será determinada mediante proposta da Diretoria Executiva do Fomentar ao seu Conselho Deliberativo, a quem compete a sua homologação, fundamentada na avaliação do empreendimento"*, nas palavras na impugnante.

II. 2 - Da Evolução Legislativa e da Natureza Jurídica da Subvenção

Nesta parte da impugnação, defende a interessada que, na autuação, teriam sido cometidos erros conceituais a respeito da natureza jurídica da subvenção.

II.2.1 - Do Tratamento Tributário Conferido à Subvenção para Investimento e à Subvenção para Custeio

Neste tópico, a interessada diferencia a subvenção para investimento da subvenção para custeio. Esta seria a empregada *"em gastos operacionais oriundos da atividade empresarial"*, ao passo que aquela seria referente *"às transferências de recursos creditadas em conta de reserva de capital e destinadas à expansão da atividade empresarial"*.

II.3 - Ad Argumentandum - Subvenção para Custeio x Subvenção para Investimento - Da Derrogação do Artigo 44 da Lei nº 4.506/64 pelo Decreto-Lei nº 1.598/77

Nesta parte da impugnação, a interessada argui que, *"ainda que se entenda que os valores decorrentes do desconto obtido na quitação antecipada no Leilão dos contratos de financiamento celebrados no âmbito do Fomentar - aproveitados pela Impugnante como subvenção para investimento - sejam, na verdade, classificados como subvenção para custeio, deverá ser reconhecido por essa E. Turma Julgadora que, por se enquadrarem no conceito de doações oriundas do Poder Público, esses valores não devem ser oferecidos à tributação nos termos do já citado artigo 38, parágrafo 2º, do Decreto-lei nº 1.598/77"*.

II.4 - Da Impossibilidade de Tributação de Receitas Financeiras pelo PIS e pela COFINS Apurados pelo Regime da Não-Cumulatividade - Aplicação do Decreto nº 5.164/2004

Caso o órgão de julgamento entenda que os descontos obtidos em leilão para a quitação antecipada dos contratos de financiamento celebrados no âmbito do Fomentar não constituam subvenção para investimento, defende que o abatimento da dívida é receita financeira.

II. 5 - Ad Argumentandum - Da Ausência de Comprovação do Efetivo Desconto Auferido nos Leilões Ocorridos a Partir do Ano-calendário de 2008 - Iliquidez e Incerteza da Base de Cálculo Autuada

Argumenta, agora, a impugnante que houve *"incerteza com relação à precisão do benefício econômico tributado pela Sra. Agente Fiscal como supostamente auferido pela impugnante nos leilões realizados a partir do ano-calendário de 2008"*.

III. 1 - Da Efetiva Operação Realizada

Ao defender a validade da amortização do ágio, argumenta que *"as alterações societárias adotadas pela Impugnante deram-se de forma lícita e adequada para atingir tanto o objetivo final do Grupo Hypermarcas - captar recursos que permitiriam alavancar as suas operações por meio da compra da DM - quanto da Maiorem (...) mitigando ao máximo o risco do referido investidor estrangeiro"* e enfatiza que as operações *"foram praticadas de forma legal e com o conhecimento dos órgãos competentes envolvidos"*.

Das Preliminares

III.2 - "Preclusão" da Possibilidade do Fisco Questionar a Legalidade dos Atos Societários que Deram Origem ao Ágio Amortizado (2007)

O ágio em questão foi registrado no momento em que as novas ações da Hypermarcas foram adquiridas pela Erches (01/06/2007) e o direito à amortização teria nascido em 04/06/2007, quando a impugnante incorporou a Erches, repercutindo de 2007 em diante em razão das deduções promovidas.

No entender da impugnante, não obstante as amortizações terem sido providenciadas depois de 2007, no momento em que foram lavradas as autuações, não seria mais possível se questionar a legalidade e eficácia tributária dos atos societários praticados

111.3- Decadência do Direito de Constituir o Crédito Tributário (IRPJ e CSLL) Referente ao Ano Base de 2007

Neste item, a impugnante requer a extinção do crédito tributário relativo ao ano-calendário 2007 em razão do decurso do prazo decadencial previsto no § 4º do artigo 150 do CTN. Isto porque a ciência das autuações se deu em 13/12/2013 e parte dos créditos de IRPJ e CSLL, tributos sujeitos ao lançamento por homologação, refere-se ao período de 2007.

111.4- Do Equívoco Cometido pela Autoridade Fiscal com Relação às Normas Aplicáveis à Dedutibilidade de Despesas

111.4.1 - Da Sobreposição da Norma Específica Sobre a Norma Geral - Princípio da Especificidade

111.4.2 - Regra Geral de Dedutibilidade das Despesas (artigo 299 do RIR/99) X Regra Específica para a Dedutibilidade da Despesa com Amortização do Ágio (artigo 386, inciso III, § 2º do RIR/99)

111.4.3 - Outro Equívoco quanto à Fundamentação referente à Dedutibilidade do Ágio

Nos tópicos acima descritos, argui a defendente que a Fiscalização fundamentou a glosa das despesas relativas à amortização no disposto no artigo 299 do RIR/99, norma esta que estabelece os pressupostos de necessidade, normalidade e usualidade para a dedutibilidade da despesa. Todavia, existe norma legal específica que trata da dedutibilidade do ágio, o que tornaria nulas as autuações impugnadas.

Discorre, na continuação, acerca do conflito entre normas jurídicas e do princípio da especialidade, o qual faz prevalecer a regra especial sobre a geral.

Apresenta julgado do CARF (Acórdão nº 205-00.019) que aplicou o mesmo princípio ao se deparar com o conflito entre o artigo 71, § 1º da Lei nº 8.666, 1993, (Lei das Licitações) e o artigo 30, VI da Lei nº 8.212, de 1991, (Lei de Custeio da Previdência Social). Segundo a ementa transcrita pela interessada, a decisão do CARF está consubstanciada no Parecer AGU/MS nº 008/2006, aprovado pelo Exmº Senhor Presidente da República.

Depois destas considerações, passa a sustentar que a regra aplicável à indedutibilidade de despesas com ágio é a norma especial prevista no artigo 386, inciso III, § 2º, do RIR/99, não a de caráter geral estabelecida no artigo 299 do RIR/99, esta invocada pela Fiscalização.

Do Direito

III.5 - Da Validade das Operações

III.5.1 - Da Legitimidade das Operações Realizadas e Posterior Aproveitamento Fiscal do Ágio pela Impugnante - Análise das Normas Contábil, Societária e Fiscal

Antes de iniciar a exposição a respeito da legitimidade dos procedimentos realizados, a impugnante ressalva que, não obstante a Erches fosse uma sociedade limitada, a Lei nº 6.404, de 1976, (Lei das S.A) seria aplicável supletivamente ao caso por força do disposto no artigo 1.053 do Código Civil e por expressa previsão na cláusula quinze do contrato social, esta reproduzida abaixo (fl. 1318):

III.5.2 - Da Demonstração do Propósito Negocial e da Necessidade da Sociedade "Erches"

Repisa sua argumentação já exposta de que a Erches foi adquirida para resguardar a investidora Maiorem contra entraves burocráticos que resultariam do fracasso das negociações de compra da empresa DM pela Hypermarchas. A realização deste negócio era importante, pois a empresa mexicana desejava investir no conjunto formado por ambas as empresas. Caso a obtenção da DM pela Hypermarchas *"não se concretizasse a Maiorem desistiria de participar daquela transação e destinaria seus recursos, que já se encontravam na Erches, para outras oportunidades"*.

III.5.3 - Da Impossibilidade de Ingerência pela Autoridade Fiscal na Atividade Desenvolvida pela Impugnante

Passa a defender que a Fiscalização, não obstante tenha reconhecido a *"possibilidade de escolher o caminho tributário que melhor lhe convier"*, pretendeu *"impor a utilização de uma determinada estrutura societária à Impugnante"*.

III.5.4 - Da Jurisprudência do CARF

III.5.4.1 - Caso Multiplan

Traz a colação, decisão proferida pelo CARF nos autos do processo nº 16682.720880/2011-11, no qual o Tribunal Administrativo teria se deparado com uma situação

bem semelhante à tratada nos presentes autos. Destaca que, contra a decisão proferida, não foi oferecido qualquer recurso pela PGFN.

III.5.4.2 - Caso Santander - Alternativa para a Operação

III.5.4.3 - *Ad argumentandum* - Da Validade da "Sociedade Veículo"

Repisa os argumentos de que a Erches não poderia ser considerada empresa veículo, posto que havia propósitos extratributários para a sua criação e aquisição, *"relacionados com os procedimentos adotados pela Maiorem para investir no Brasil mitigando ao máximo incorrer em eventuais riscos e custos desnecessários"*.

III.6 - Da Inexistência de Fraude - Impossibilidade de Aplicação da Multa Agravada

Destaca, inicialmente, que, as autuações impugnadas tratam de glosa de amortizações fiscais realizadas nos anos-calendário 2007 e 2008, com base nos mesmos fundamentos fáticos. Não obstante, a multa de ofício atinente ao ano de 2007 foi qualificada em 150%, ao passo que a concernente a 2008 foi exigida em 75%.

III.7 - *Ad argumentandum* - Da Inexistência de Previsão Legal Para a Adição, à Base de Cálculo da CSLL, da Despesa com a Amortização de Ágio Considerada Indedutível pela Fiscalização

Aduz que, no TVF, não foi apresentada qualquer fundamentação que levasse à adição da despesa com ágio na base de cálculo da CSLL, o que macularia o lançamento fiscal

III.8 - Da Compensação "de Ofício" de Prejuízos Fiscais e da Base de Cálculo Negativa da CSLL

Neste tópico, apenas argumenta que, em sendo canceladas as autuações impugnadas, deverão ser restabelecidos os saldos de prejuízos fiscais e de bases de cálculo negativas de CSLL.

III.9 - Da Ilegalidade da Cobrança de Juros Sobre a Multa

Nesta parte de sua impugnação, a interessada contesta a incidência de juros sobre a multa de ofício.

A impugnação foi julgada procedente em parte, cuja ementa restou assim consignada:

"ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ Ano-calendário: 2007, 2008, 2009, 2010, 2011

NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

São considerados nulos somente atos e termos lavrados por pessoa incompetente e despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa, nos termos do art. 59, incisos I e II, do Decreto nº 70.235, de 1972, hipóteses cuja ocorrência não restou comprovada, sobretudo tendo em

conta que os autos de infração e seus anexos foram formalizados com observância dos requisitos do art. 142 do CTN, bem como do disciplinamento do Processo Administrativo Fiscal, permitindo ao contribuinte a perfeita compreensão das infrações que lhe foram imputadas, tanto que delas se defendeu de forma detalhada.

FUNDAMENTO LEGAL.

Eventuais equívocos cometidos na fundamentação legal da autuação, se não causar efetivo prejuízo ao sujeito passivo, não é causa de nulidade.

DECADÊNCIA.

Em sendo constatada conduta fraudulenta do contribuinte, o prazo para o Fisco constituir o crédito tributário será o previsto no inciso I do artigo 173 do Código Tributário Nacional.

SUBVENÇÃO PARA INVESTIMENTOS. PROGRAMA FOMENTAR. INEXISTÊNCIA DE VINCULAÇÃO. DESCARACTERIZAÇÃO. Os valores contabilizados a título de descontos na quitação de dívidas contraídas no âmbito do Programa FOMENTAR que não possuam vinculação com a aplicação específica dos recursos em bens ou direitos referentes à implantação ou expansão de empreendimento econômico não se caracterizam como subvenção para investimentos, devendo ser computados na determinação do lucro real. Os recursos fornecidos às pessoas jurídicas pela Administração Pública, quando não atrelados ao investimento na implantação ou expansão do empreendimento projetado, constituem estímulo fiscal que se reveste das características próprias das subvenções para custeio, não se confundindo com as subvenções para investimento, e devem ser computados no lucro operacional das pessoas jurídicas, sujeitando-se, portanto, à incidência do imposto sobre a renda.

DOAÇÃO E SUBVENÇÃO.

Em Direito Público, doação e subvenção não são conceitos que se confundem. Os dois institutos são regidos por normas diferentes e são instituídos por procedimentos que lhes são próprios.

SUBVENÇÃO PARA CUSTEIO OU PARA OPERAÇÃO. As subvenções para custeio ou para operação constituem receitas tributadas pelo Pis e pela Cofins e que integram a apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL.

AUSÊNCIA DE LIQUIDEZ E CERTEZA.

A Lei nº 11.941, de 2009, determinou, em seu artigo 16, que as mudanças nos métodos e critérios contábeis instituídos pela Lei nº 11.638, de 2007, não produziram efeitos tributários.

Por conseguinte, não podem prosperar os autos de infração que apuraram a matéria tributável atinente às subvenções com base no ajuste a valor presente contabilizado pela contribuinte em observância às novas normas contábeis.

AUDITORIA FISCAL. PERÍODO DE APURAÇÃO ATINGIDO PELA DECADÊNCIA PARA CONSTITUIÇÃO DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO. VERIFICAÇÃO DE FATOS, OPERAÇÕES, REGISTROS E ELEMENTOS

PATRIMONIAIS COM REPERCUSSÃO TRIBUTÁRIA FUTURA. POSSIBILIDADE.

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

OPERAÇÕES SEM PROPÓSITO NEGOCIAL.

Nas operações estruturadas em sequência, o fato de cada uma delas, isoladamente e do ponto de vista formal, ostentar legalidade, não garante a legitimidade do conjunto das operações, quando restar comprovado que os atos foram praticados sem propósito negocial.

ÁGIO. SIMULAÇÃO. INDEDUTIBILIDADE.

Constatada a simulação na criação de ágio, é cabível a glosa da sua dedução da base de cálculo do IRPJ e CSLL.

MULTA QUALIFICADA.

Não há como afastar a imputação fiscal de sonegação e simulação e a consequente aplicação da multa qualificada se descritas pela Fiscalização circunstâncias que demonstram a ocorrência de reestruturação societária para criar, formalmente, por meio da constituição e posterior incorporação de "empresa veículo", uma situação que se enquadrasse na exceção legal que possibilita deduzir despesas de amortização de ágio, advinda com a Lei nº 9.532/97, o que justifica, além da glosa das correspondentes deduções, a multa no percentual de 150%.

JUROS SOBRE MULTA DE OFÍCIO.

Sobre a multa de ofício não paga no vencimento incidem juros de mora.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. PIS. COFINS. CSLL.

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

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL

Ano-calendário: 2007, 2008, 2009, 2010, 2011 **ÁGIO. INDEDUTIBILIDADE.**

A amortização do ágio é indedutível da base de cálculo da CSLL se não forem satisfeitas as condições de sua dedutibilidade na apuração do lucro real previstas na legislação tributária.

Impugnação Procedente em Parte Crédito Tributário Mantido em Parte."

Em virtude da decisão acima, tanto a Delegacia de Julgamento quanto o contribuinte recorreram a este Conselho.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Demetrius Nichele Macei

RECURSO VOLUNTÁRIO

O recurso é tempestivo e atende aos requisitos de representação, portanto, dele conheço.

Como se viu, na parte 1 do TVF, informa a Autoridade Fiscal que efetuou verificações *"relativas às sucessivas operações de reorganizações societárias, as quais geraram valores relevantes de ágio (AGIO ERCHES), por expectativa de rentabilidade futura, deduzidos no cálculo da base tributável do IRPJ e da CSLL"*.

No que concerne à 2ª parte do TVF, relata a Autoridade Fiscal ter constatado *"que os valores contabilizados a título de descontos na quitação de dívidas, contraídas no âmbito do Programa FOMENTAR, foram excluídos indevidamente da base de cálculo do IRPJ e das contribuições CSLL/PIS/COFINS, uma vez que, não se caracterizam como subvenção para investimentos e sim, subvenção para custeio ou operação, receita operacional regularmente tributável"*.

I - GLOSA DE ÁGIO ERCHES

A controvérsia reside na análise da legitimidade com que a sociedade ERCHES se inseriu no processo de aquisição da HYPERMARCAS pelo grupo mexicano da MAIOREM. A recorrente argumenta que a ERCHES foi constituída e utilizada, não para ser incorporada e possibilitar o aproveitamento fiscal do ágio, mas por razões negociais extra-tributárias independentes e autônomas.

A finalidade de sua constituição seria, em síntese, mitigar o risco do investidor estrangeiro, pois ele só estaria interessado em adquirir a recorrente se esta conseguisse adquirir a DM. Assim, a função da ERCHES seria resguardar a 22 investidora MAIOREM contra entraves burocráticos que resultariam do fracasso das negociações de compra da empresa DM pela HYPERMARCAS. A realização deste negócio era importante, pois a empresa mexicana desejava investir no conjunto formado por ambas as empresas. Caso a obtenção da DM pela HYPERMARCAS *"não se concretizasse a MAIOREM desistiria de participar daquela transação e destinaria seus recursos, que já se encontravam na ERCHES, para outras oportunidades"*.

Alega-se também que diante dessa complexidade, o investimento prévio na ERCHES preveniria a investidora mexicana contra riscos cambiais.

Entende-se por ágio ou deságio a diferença entre o valor de patrimônio líquido de uma participação societária (proporcional à participação do sócio no capital social da empresa) e o seu custo de aquisição (montante pelo qual ela é negociada entre as partes contratantes). Se o valor de aquisição for maior que o patrimonial, ter-se-á ágio, se for menor, deságio.

No que tange aos investimentos realizados em sociedade coligada ou controlada, de acordo com o artigo 385 do RIR/99, em função do método de avaliação com base na equivalência patrimonial, o correspondente preço do ágio ou deságio deverá ser registrado pela parte que o suporta em conta distinta daquela onde é escriturado o valor patrimonial do investimento (desdobramento do custo de aquisição).

Na apuração do lucro real e do resultado do exercício ajustado para fins de incidência da CSLL, usualmente, a amortização do ágio ou deságio não é deduzida ou tributada. Via de regra, a dedução ou tributação dessa amortização no âmbito do IRPJ e da CSLL somente ocorrerá quando o investimento que lhe deu origem for alienado ou liquidado (arts. 391 e 426 do RIR/99), quando então o ágio ou deságio é incluído no preço de aquisição do investimento que está sendo extinto.

Tal regra, todavia, não se aplica a certas hipóteses de incorporação, fusão ou cisão, quando a inclusão da amortização do ágio ou deságio na base de cálculo do IRPJ e da CSLL será admitida independentemente da alienação ou liquidação do investimento.

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

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

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

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

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

Assevera a Fazenda Nacional em suas contra razões que, tal como destacado pelo Auditor responsável pelo lançamento, o principal aspecto que impede a dedutibilidade do ágio registrado pela empresa-veículo ERCHES quando da subscrição de ações da HYPERMARCAS é o fato de que, na verdade, não foi essa empresa que adquiriu a participação, mas sim a sua controladora MAIOREM.

Com isso, tem-se que a incorporação que envolveu a ERCHES não autoriza o aproveitamento fiscal do ágio pago. De acordo com a legislação aplicável, a única operação societária que possibilitaria a dedutibilidade dessa "mais valia" seria aquela que proporcionasse a união do patrimônio da autuada com o patrimônio da MAIOREM, que se mostra como a verdadeira adquirente da participação societária com ágio.

Por certo, da leitura do artigo 386 do RIR/99, observa-se que a dedutibilidade da amortização de um ágio decorre do encontro num mesmo patrimônio do investidor com o investimento. Em face dessa confusão patrimonial, a legislação admite que o contribuinte

considere perdido o investimento adquirido com o ágio e, assim, deduza a despesa que teve com essa "mais valia".

Todavia, para que haja essa perda do investimento adquirido (encontro num mesmo patrimônio do investidor com o investimento), é imprescindível que a "mais valia" contabilizada tenha sido EFETIVAMENTE suportada por alguma das pessoas que participa da confusão patrimonial. Ou seja, o real investidor deve se confundir com o seu investimento. Caso o real investidor não participe da confusão patrimonial, não haverá como reconhecer que o investimento foi perdido.

De acordo com a previsão legal, qualquer situação diferente da hipótese aqui ventilada não admite a dedução da despesa com amortização do ágio. Uma incorporação, fusão ou cisão societária que envolva, por exemplo, uma interposta pessoa como investidor (empresa veículo) não permitirá a aplicação do benefício fiscal instituído pelo artigo 386 do RIR/99. O ágio pode até existir contabilmente, mas não será dedutível na apuração do lucro real.

A aquisição de participação societária na HYPERMARCAS pelo Grupo MAIOREM, se deu segundo a seguinte cronologia:

- Em 01/06/2007, a ERCHES aumenta seu capital de R\$ 100,00 para R\$ 482.225.100,00, mediante a emissão de 482.225.000 quotas, cuja integralização foi efetuada pela MAIOREM Sociedad Anônima de Capital Variable por meio de recursos advindos do exterior (México), conforme contrato de câmbio de 31/05/2007.
- Ainda em 01/06/2007, a "ERCHES subscreve capital na Hipermarcas no valor de R\$ 482.225.100,00, sendo R\$ 241.112.500,00 destinados ao capital e R\$ 241.112.500,00 destinados à reserva de capital, a título de ágio na subscrição de ações, ficando com 38% de participação acionária".
- Em 04/06/2007, a HYPERMARCAS incorporou a ERCHES, procedimento conhecido como incorporação reversa, e deu início às deduções do ágio.

A Procuradoria, com acerto, observa que no brevíssimo período em que existiu, ERCHES não apresentou quaisquer movimentações negociais, a única exceção é o negócio jurídico de aquisição das ações da HYPERMARCAS, e, em seguida, ocorreu sua incorporação.

Diante de tal constatação, incontroversa nos autos, não há como admitir que foi a ERCHES quem adquiriu as ações representativas da HYPERMARCAS, com recursos próprios. Quem adquiriu a participação foi, à toda evidência, a própria MAIOREM, cujos recursos financiaram a compra e para quem o recebimento das ações da HYPERMARCAS se deu mediante o artifício da incorporação IMEDIATA da ERCHES por esta sociedade, já previsto desde o início das operações (vide acordo de acionistas). Ou seja, em decorrência dessa operação societária, a MAIOREM passou a deter diretamente a participação acionária pela qual ela efetivamente pagou.

Vê-se, assim, o real investidor, que adquiriu a participação na HYPERMARCAS. Em que pese a participação da ERCHES como mera intermediária, mero instrumento de pagamento (interposta pessoa), ao final, o verdadeiro investidor acabou detendo o investimento por que pagou, tornando-se seu controlador direto.

Os argumentos da recorrente para justificar um propósito negocial legítimo à intervenção da ERCHES no processo de aquisição não se coadunam com o exíguo intervalo de tempo verificados entre os atos societários.

Como bem asseverou a DRJ em sua decisão, a recorrente alegou que a empresa ERCHES havia sido criada e utilizada a fim de que o capital investido no Brasil ficasse em seu poder tendo em vista um possível fracasso nas tratativas de aquisição da empresa DM.

Ora, a ERCHES foi capitalizada no dia 01/06/2007, e o contrato de câmbio referente ao ingresso de recursos do controlador MAIOREM no país data de 31/05/2007. Neste mesmo dia, 01/06/2007, uma sexta-feira, a ERCHES subscreveu capital na HYPERMARCAS, ficando com 38% de participação acionária. Em 04/06/2007, na segunda-feira seguinte, a HYPERMARCAS incorporou a ERCHES.

Conforme asseverou o relator da decisão recorrida, "estes fatos revelam que, entre o ingresso do capital mexicano no Brasil e a extinção da empresa ERCHES passaram-se apenas 5 dias, mais precisamente 3 dias úteis. Se, em apenas três dias úteis, todas estas operações ocorreram, não é possível se aceitar que a empresa ERCHES foi utilizada a fim de se resguardar a investidora mexicana contra o insucesso da aquisição da DM ou eventuais riscos cambiais".

Se, em 01/06/2007, data do aumento de capital, havia algum risco de não concretização dos negócios da HYPERMARCAS com a empresa DM, e se a investidora MAIOREM realmente quisesse evitar eventuais transtornos, não é de se acreditar que tivesse adquirido as ações da HYPERMARCAS já nesta data. Nem seria provável que, no dia útil seguinte, fosse realizada a incorporação da empresa ERCHES.

Antes que a HYPERMARCAS tivesse efetivamente ingressado no quadro societário da DM, todo o procedimento relativo à aquisição da recorrente e incorporação da ERCHES já havia sido concretizada, deixando evidente que a finalidade da tal empresa veículo era mesmo, e tão somente, figurar como intermediária na aquisição da recorrente.

Diferentemente do alegado pela recorrente, não consta que a MAIOREM só investiria na recorrente (por intermédio da ERCHES) se esta conseguisse adquirir a DM, mas que ela investiria na recorrente a fim de possibilitar que esta comprasse aquela.

Ainda que a MAIOREM realmente tivesse interesse na HYPERMARCAS apenas se esta adquirisse a DM, fato é que antes dessa aquisição a ERCHES já havia sido incorporada e a MAIOREM já constava como acionista direta da HYPERMARCAS, situação que supostamente ela queria evitar com a constituição da ERCHES.

Quanto à arguição de risco cambial, também estou de acordo com a Fazenda Nacional em suas contra razões, considerando que, poucos dias depois do ingresso do capital no Brasil, as ações da HYPERMARCAS já estavam em seu poder em virtude da incorporação da ERCHES, esta justificativa tampouco é crível como fundamento para constituição da ERCHES, até porque manter o capital investido na sociedade veículo lhe traria a mesma segurança cambial de simplesmente a MAIOREM manter o dinheiro em uma conta-corrente para não residentes em instituição financeira nacional.

Enfim, dado o curto espaço de tempo em que tudo ocorreu, não se vislumbra qualquer propósito negocial na utilização da empresa veículo ERCHES. A recorrente não logrou convencer que o procedimento realizado teria outro propósito senão a possibilidade de se criar uma estrutura transacional que pudesse resultar em benefício fiscal

Ora, se a ERCHES, como visto acima, não teve propósito negocial outro que não servir de passagem do dinheiro da MAIOREM para aumentar o capital da HYPERMARCAS, *data maxima venia*, outra conclusão não se pode tirar senão que, no plano fático-material, quem protagonizou a aquisição foi a MAIOREM, e jamais a empresa interposta cuja vida durou 03 dias úteis.

E sendo assim, a incorporação da ERCHES pela MAIOREM não deu ensejo à união do investimento com o investidor, única hipótese que autorizaria a amortização do ágio.

Entendo aplicável ao caso o precedente cuja ementa reproduzo a seguir, relativo ao Acórdão 1402.002.090, em que foi parte COSAN LUBRIFICANTES E ESPECIALIDADES S/A, na relatoria do Cons. Frederico Augusto Gomes de Alencar *in verbis*:

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

Ano-calendário: 2009, 2010, 2011

ÁGIO. REESTRUTURAÇÃO SOCIETÁRIA SEM MUDANÇA DE CONTROLE ACIONÁRIO. FUNDAMENTO ECONÔMICO. INEXISTÊNCIA.

O ágio na aquisição de participação da sociedade realizada por empresa do mesmo grupo empresarial e posteriormente incorporada pela autuada, sem alteração da composição do controle acionário da mesma, e sem o trânsito de recursos financeiros entre as empresas envolvidas não tem fundamento econômico.

MULTA DE OFÍCIO. CONDOTA ACATADA PELA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA À ÉPOCA DOS FATOS GERADORES. IMPOSSIBILIDADE.

Constatado que o procedimento adotado pelo contribuinte, à época dos fatos geradores, era referendado pelas decisões do CARF, não se pode falar em dolo, e, conseqüentemente, em fraude, sonegação ou conluio (arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64), elementos necessários à qualificação da multa de ofício, conforme determina o parágrafo 1º do art. 44 da Lei nº 9.430/96.

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO.

O crédito tributário não pago integralmente no vencimento é acrescido de juros de mora, qualquer que seja o motivo determinante. Por ser parte integrante do crédito tributário, a multa de ofício também se submete à incidência dos juros nas situações de inadimplência.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL.

Aplica-se às exigências ditas reflexas o que foi decidido quanto à exigência matriz, devido à íntima relação de causa e efeito entre elas."

Aplico o mesmo precedente, inclusive, para a questão da multa, cujos fundamentos do voto desenvolvo oportunamente em tópico subsequente.

É realmente lamentável constatar que a legislação tributária brasileira não contém critérios objetivos para permitir ou proibir expressamente operações dessa natureza (comumente denominadas como Elisão Fiscal), gerando evidente insegurança jurídica no contribuinte.

Mas o fato é que a teoria do abuso de direito e dos negócios jurídicos indiretos não é apenas uma forte - e a meu ver irreversível - tendência na aplicação do direito tributário

no Brasil, mas em boa parte do mundo. A inclusão do parágrafo único do artigo 116 do CTN em 2001, por exemplo, mesmo inaplicável por aguardar até hoje regulamentação, causou evidente ruptura no sistema tributário brasileiro. A partir das discussões surgidas em torno de seu sentido e alcance, a aplicação da lei em relação aos planejamentos tributários sofreu mudança radical.

Diante desse cenário preocupante é preciso, na medida do possível, ordenar situações semelhantes e decidir de maneira mais uniforme possível, justamente para - por outro caminho - voltar a proporcionar segurança jurídica aos contribuintes por meio da transparência na interpretação e coerência nas decisões envolvendo planejamentos tributários complexos. Tratando as situações iguais de forma igual, obviamente observando as desigualdades peculiares a cada caso, além de segurança e previsibilidade, garantimos justiça fiscal.

Feita esta ressalva de cunho eminentemente pessoal, na esteira dos precedentes deste colegiado, portanto, entender que a simples aquisição de participação com ágio é motivo suficiente para autorizar o uso de sociedades sem substância econômica nem propósito negocial com vistas a obter a amortização do ágio, significa, desconsiderar o requisito previsto no art. 7º da Lei 9.532/97, de que haja a legítima absorção do patrimônio.

Portanto, uma vez que não houve no presente caso a incorporação da real investidora, não há que se falar na amortização do ágio pago na aquisição da recorrente.

II - GLOSA FOMENTAR

Esta controvérsia gira em torno de um ponto fundamental: o entendimento a respeito de ser o programa FOMENTAR enquadrável ou não como subvenção de custeio (que compõe a base de cálculo dos tributos em questão) ou subvenção de investimento, que não compõe.

O entendimento da Receita Federal do Brasil sobre as subvenções para investimento foi externado por meio do Parecer Normativo Cosit nº 112/78, nos seguintes termos:

II - SUBVENÇÕES PARA INVESTIMENTO são as que apresentam as seguintes características:

- a) a intenção do subvencionador de destiná-las para investimento;*
- b) efetiva e específica aplicação da subvenção, pelo beneficiário, nos investimentos previstos na implantação ou expansão do empreendimento econômico projetado; e*
- c) o beneficiário da subvenção ser a pessoa jurídica titular do empreendimento econômico.*

Especificamente sobre o programa FOMENTAR, a Cosit, na Decisão nº 4, de 21/06/1999, em resposta a consulta formulada pela Confederação Nacional das Indústrias (CNI), da qual a contribuinte é parte, posicionou-se pela tributação das subvenções:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ementa: LUCRO REAL. SUBVENÇÕES PARA INVESTIMENTO.

Os aportes financeiros obtidos mediante o financiamento do valor devido a título de ICMS, ainda que incentivados por juros subsidiados e dispensa total ou parcial da correção monetária, não caracterizam a Subvenção para Investimento e, portanto, serão computados na determinação do Lucro Real.

Dispositivos Legais: art. 391, inciso I do RIR/1994, atual art. 443, inciso I do RIR/1999, PN CST 02/1978 e PN CST 112/1978.

(...)

43. De todo o exposto, conclui-se pela descaracterização dos benefícios concedidos no âmbito do projeto FOMENTAR como subvenção para investimentos, relativamente aos valores financiados.

Ainda segundo os Auditores-Fiscais, a Primeira Cláusula do Instrumento Particular de financiamento mediante Abertura de Crédito e Outras Avenças, fornecido pela interessada, dispõe que o benefício destina-se “ao reforço do capital de giro, não à realização de investimentos, ainda que o reforço tenha sido necessário em função de investimento realizado em projetos de ampliação da capacidade produtiva”

O primeiro detalhe que passa a distanciar o caso concreto do entendimento da RFB é que o programa de incentivos, historicamente, desenvolveu-se em duas etapas: a primeira, mediante financiamento de 70% do valor do ICMS devido em suas operações, em até vinte anos, com condições vantajosas de juros e correção monetária; a segunda, mediante descontos de até 89% na quitação antecipada, em operações de oferta pública feitas por meio de leilões, dos impostos anteriormente financiados.

É justamente nesta segunda etapa que se foca a discussão sobre a natureza da subvenção, se para investimento ou custeio, porque foi sobre os valores dos descontos obtidos com operações de quitação antecipada que se basearam as autuações efetuadas pela fiscalização.

Para melhor compreensão dos contornos do incentivo fiscal concedido nesta segunda etapa, convém reproduzir o conteúdo de sua base legal, o artigo 1º, e seus §§ 1º e 2º, da Lei nº 13.436/98 do Estado de Goiás, já com suas alterações em vigor à época dos fatos.

Art. 1º Os contratos de financiamento com recursos do Fundo de Participação e Fomento à Industrialização do Estado de Goiás FOMENTAR - poderão ser, mensalmente, objeto de oferta pública com vistas à sua liquidação antecipada, observando-se as disposições regulamentares e; ainda, as seguintes condições:

(...)

§ 1º A pessoa jurídica titular de estabelecimento beneficiário do incentivo do Fundo de Participação e Fomento à Industrialização do Estado de Goiás - FOMENTAR, aplicará o montante equivalente ao desconto obtido com a quitação antecipada do contrato de

financiamento firmado com o mesmo Fundo, representado por seu agente financeiro, nos termos deste artigo, na ampliação e/ou na modernização do seu parque industrial incentivado dentro do prazo máximo de 20 (vinte) anos, a contar da data da realização do leilão respectivo.

§ 2º O montante a que se refere o § 1º é considerado subvenção para investimento, podendo ser incorporado ao capital social da pessoa jurídica titular do estabelecimento beneficiário do incentivo ali mencionado ou mantido em conta de reserva para futuros aumentos de capital, vedada sua destinação para distribuição de dividendos ou qualquer outra parcela a título de lucro. (grifei)

Portanto, a lei estadual impôs a obrigatoriedade de a empresa aplicar o montante equivalente aos descontos obtidos com a quitação antecipada do financiamento na ampliação e/ou modernização de seu parque industrial incentivado (na 1a etapa) dentro de vinte anos a contar da data da realização dos leilões respectivos (2a etapa).

Além disso, a mesma lei tratou de enquadrar o incentivo (da 2a etapa) no conceito de subvenção para investimento e determinar a incorporação da contrapartida do montante beneficiado ao capital social ou sua contabilização como reserva de lucro, bem como vedar sua destinação para distribuição de dividendos ou qualquer outra parcela a título de lucro.

Como se vê, a lei estadual pretendeu sinalizar que o incentivo atenderia as condições impostas na lei do imposto de renda para que o mesmo fosse considerado não tributável.

O problema é que cabe à União Federal, por meio de seus órgãos competentes, examinar os efeitos de lei estadual na determinação e exigência de tributos federais. O fato de a lei estadual enquadrar seu incentivo fiscal como subvenção para investimento não vincula os órgãos federais na subsunção dos fatos ao contexto normativo da legislação tributária federal.

E é este o efeito atribuído pela fiscalização ao citado Parecer Cosit 112/78 e Decisão Cosit nr. 4/99, mencionados anteriormente.

Portanto, a conclusão do atos normativos é no sentido de que as subvenções para investimento, para os fins de enquadramento na hipótese de não incidência veiculada no § 2º do artigo 38 do Decreto-Lei nº 1.598/77, sejam caracterizadas por três aspectos bastante claros: (i) a intenção do subvencionador de destiná-las para investimento; (ii) a efetiva e específica aplicação da subvenção, pelo beneficiário, nos investimentos previstos na implantação ou expansão do empreendimento econômico projetado; e (iii) o beneficiário da subvenção ser a pessoa jurídica titular do empreendimento econômico. Além disso, o Parecer esclarece que exige-se perfeita sincronia da (i) intenção do subvencionador com a (ii) ação do subvencionado. Ademais, não basta o (i) "animus" de subvencionar, mas, também, (ii) a efetiva e específica aplicação da subvenção.

Ora, como bem interpretado pelo Parecer acima transcrito, a verificação do estímulo à implantação ou expansão de empreendimentos econômicos exige não só a intenção do subvencionador, mas, também, a ação do subvencionado no sentido de promover a efetiva e específica aplicação do recurso na consecução do objetivo traçado. Não se exige, todavia, que o objetivo final seja alcançado, qual seja, que os empreendimentos econômicos tenham sido implantados ou expandidos. Mas, que a completude do estímulo seja garantida. Em outras

palavras, só se verificará a efetividade do estímulo se o dinheiro for aplicado na consecução do objetivo final.

Neste sentido, o contribuinte procurou demonstrar, desde sua impugnação, que efetivamente investiu em seu ativo imobilizado, antes mesmo do prazo estipulado pelo fisco estadual, de 20 anos. Tal comprovação se deu por meio das demonstrações financeiras da empresa, onde aponta a adição de 102 milhões de reais no ano de 2012

Nada obstante, no presente caso, a fiscalização agiu de forma diferente. Ao invés de aprofundar a investigação sobre a ação do subvencionado, preferiu desqualificar a natureza do incentivo fiscal apenas com base na sua configuração legal.

Neste sentido, analisou os termos do contrato e aditivos celebrados no âmbito da primeira etapa do programa de incentivos (o financiamento de 70% do valor do ICMS devido) para concluir que o citado contrato e aditivos declaram explicitamente a destinação do benefício como reforço do capital de giro do contribuinte e não à realização de investimento, ainda que o reforço tenha sido necessário em função de investimento realizado em projetos em decorrência da implantação de unidade industrial.

Nesse ponto, é bom lembrar que a discussão neste processo é focada na segunda etapa do programa porque foi sobre os valores dos descontos obtidos com operações de quitação antecipada que se basearam as autuações efetuadas pela fiscalização. Então, de nada adianta argumentar que os recursos da primeira etapa poderiam ser utilizados como reforço do capital de giro. O que importa é saber como foram utilizados os recursos da segunda etapa, ou seja, os valores equivalentes aos descontos obtidos nas operações de oferta pública feitas por meio de leilões. Sobre isso, não há qualquer menção, nem nos termos de intimação, nem na descrição dos fatos que acompanharam os autos de infração.

Nunca é por demais lembrar que a lei estadual impôs a obrigatoriedade de a empresa aplicar o montante equivalente aos descontos obtidos com a quitação antecipada do financiamento (1ª etapa) na ampliação e/ou modernização de seu parque industrial incentivado (na 1ª etapa) dentro de vinte anos a contar da data da realização dos leilões respectivos (2ª etapa).

Mais adiante segue quadro ilustrativo que demonstra melhor o tema. São fundamentos legais diferentes, regimes jurídicos diferentes, e portanto, devem ser tratados separadamente. Vejamos:

	PROGRAMA FOMENTAR	LIQUIDAÇÃO ANTECIPADA DO FINANCIAMENTO DO PROGRAMA FOMENTAR
Base Legal	Lei nº 9.489/84 e Lei nº 11.180/90	Lei nº 13.436/98
Benefício	Financiamento de até 70% do ICMS devido ao Estado de Goiás com juros subsidiados, oriundo da comercialização de produtos cuja produção foi aprovada pelo Conselho Deliberativo do Fomentar.	Liquidação antecipada dos contratos de financiamento do Fomentar, com desonerações do valor devido.
Obrigação (Contrapartida)	Investimento dos recursos em empreendimentos aprovados previamente pelo Fomentar.	Investimento do eventual ganho auferido, no prazo máximo de 20 anos, na ampliação e/ou modernização do parque industrial da empresa optante pelo leilão, inclusive em projetos distintos daqueles beneficiados pelo Programa Fomentar.
Limitação à Distribuição de	Não há.	A desoneração decorrente da quitação antecipada é considerada subvenção

Portanto, o requisito da intenção do subvencionador foi cumprido. Faltou verificar o requisito da ação do subordinado. É certo que com um prazo de vinte anos para a consecução do objetivo final do programa, a empresa dispõe de um bom tempo para iniciar os investimentos necessários. Neste sentido, é sensata a observação da autoridade fiscal sobre a necessidade de existir algum tipo de prestação de contas. Mas, se a legislação estadual não a criou, isso não significa que a empresa, para fins de usufruir o benefício instituído na lei federal, não possa fazê-lo. Não é necessário o casamento entre o momento da aplicação do recurso e o gozo do benefício, ou seja, o "dinheiro não precisa ser carimbado". Entretanto, algum controle precisa ser feito porque se ao final do prazo concedido ficar comprovado que nem todo o montante recebido foi aplicado em investimento destinado à consecução do objetivo final do programa, ficará caracterizada a natureza de subvenção para custeio.

Aqui então surge a principal peculiaridade do caso concreto. Este controle, ou os valores investidos, não foram sequer analisados pela DRJ.

Neste sentido, já decidimos em caso idêntico, envolvendo a mesma parte interessada, relativamente ao mesmo período de apuração e de minha relatoria (Acórdão 1402-002.123). Vejamos:

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

Ano-calendário: 2007, 2008, 2009

SUBVENÇÃO PARA INVESTIMENTO. PROGRAMA FOMENTAR. LEI ESTADUAL DE GOIÁS N. 13.436/98. ACUSAÇÃO FISCAL DEFICIENTE.

No presente caso, ao invés de aprofundar a investigação sobre a ação do subvencionado, a fiscalização preferiu desqualificar a natureza do incentivo fiscal apenas com base na sua configuração legal. Contudo, a lei estadual promotora do incentivo sob análise foi textual na sua intenção de ampliação e/ou modernização de parque industrial incentivado numa etapa anterior do necessário o casamento entre o momento da aplicação do recurso e o gozo do benefício, ou seja, o "dinheiro não precisa ser carimbado".

A "segunda etapa" do programa FOMENTAR tem na verdade natureza jurídica diversa do programa, e se enquadra na chamada subvenção para investimento. Entretanto, algum controle precisa ser feito porque se ao final do prazo concedido ficar comprovado que nem todo o montante recebido foi aplicado em investimento destinado à consecução do objetivo final do programa, ficará caracterizada a natureza de subvenção para custeio do excesso não utilizado e, neste momento, ficará consubstanciada a disponibilidade da renda para efeitos da sua tributação.

Destarte, é possível que a empresa autuada não esteja mesmo fazendo o devido controle dos recursos obtidos. Mas, isso não foi devidamente investigado nem se configurou como o objeto da acusação fiscal

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL. PIS. COFINS.

Aplica-se à tributação reflexa idêntica solução dada ao lançamento principal em face da estreita relação de causa e efeito. Ademais, considerada a subvenção como de investimento, o valor não integrará a receita do contribuinte para fins de incidência das referidas contribuições sobre tal grandeza.

RO Negado RV Provido

Credito Tributário Exonerado"

Destarte, é possível que a empresa autuada não esteja mesmo fazendo o devido controle dos recursos obtidos. Mas, isso não foi devidamente investigado e nem configurou como o objeto da acusação fiscal.

III - MULTA QUALIFICADA

Analisando o caso, entendo não restar caracterizado o dolo a justificar a qualificação da penalidade.

Aliás, este colegiado recentemente (Acórdão 1402.002.183) decidiu caso semelhante, na lavra do Cons. Relator Fernando Brasil de Oliveira Pinto, que consignou em seu voto o seguinte:

"À época em que os atos contestados foram praticados a jurisprudência do CARF agasalhava o procedimento adotado pela RECORRENTE. A própria decisão recorrida cita o acórdão 1301-000.711, julgado na sessão de 20 de novembro de 2011, que deu provimento a recurso voluntário, por unanimidade, em situação muito similar à tratada nos presentes autos.

O próprio fato de estarmos analisando um recurso de ofício em razão do provimento integral à impugnação já na primeira instância de julgamento, denota que há forte corrente que entende que sequer há infração no caso concreto.

Esta própria turma julgadora, ainda que em composição bem distinta da atual, em situações idênticas ao presente caso, não só não mantinha a multa qualificada como considerava legítimas operações como as perpetradas pela RECORRENTE, cancelando integralmente os respectivos créditos tributários (por exemplo, Acórdão 1402-00.802 – Caso Santander).

Somente no julgamento do Caso Bunge – Acórdão 1402-001.460, realizado na sessão de 08/10/2013, esta turma passou a incluir nova premissa para amortização do ágio (necessidade de extinção do investimento), não aceitando a interposição de “empresa veículo” para aquisição do investimento e posterior incorporação reversa a fim, de que, de modo artificial, se pudesse deduzir das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL o ágio efetivamente pago em razão de rentabilidade futura.

Saliento que não se trata da hipótese de ágio inexistente, como nos casos de “ágio interno”, mas sim de ágio efetivamente pago e de uma interpretação da legislação, ainda que equivocada, aceita, inclusive, por boa parte da doutrina.

Nesse cenário, considero não restar caracterizada a ocorrência de fraude, sonegação ou conluio (arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64), elementos necessários à qualificação da multa de ofício, conforme determina o parágrafo 1º do art. 44 da Lei nº 9.430/96.

O mesmo ocorre em relação a não ocorrência de fraude, dolo ou simulação o que torna descabida no presente caso. Isto porque o contribuinte valeu-se da legislação vigente, bem como registrou todas as operações e valores nos seus documentos contábeis e fiscais.

Tratou-se portanto tão somente de divergência de interpretação da legislação em vigor.

Assim sendo, voto por reduzir a penalidade aplicada para 75%, correspondente apenas à aplicação da multa de ofício.

IV - DECADÊNCIA / PRECLUSÃO

Ademais, chama a atenção a conduta da fiscalização, pois as autuações recorridas tratam de glosa de amortizações fiscais realizadas nos anos-calendário 2007 e 2008 com base nos mesmos fundamentos fáticos. Não obstante, a multa de ofício atinente ao ano de 2007 foi qualificada em 150%, ao passo que a concernente a 2008 foi exigida em 75%, garantindo na prática o afastamento da decadência para o ano de 2007.

Neste item, portanto, uma vez afastada a multa qualificada e conseqüentemente o intuito de fraude, dolo ou simulação do contribuinte, verifica-se que houve extinção do crédito tributário relativo ao ano-calendário 2007 em razão do decurso do prazo decadencial previsto no § 4º do artigo 150 do CTN.

Isto porque a ciência das autuações se deu em 13/12/2013 e há tributos exigidos, sujeitos ao lançamento por homologação, que se referem ao período de 2007.

Noutro item preliminar de defesa a recorrente menciona que teria havido "preclusão" para que o fisco pudesse discutir os atos societários praticados nas duas operações de incorporação que deram origem ao ágio aqui discutido.

Entendo que não se trata aqui de preclusão, enquanto perda de prazo para a prática de atos processuais. Na fase fiscalizatória não há processo, há procedimento de lançamento de cunho inquisitório. Portanto, o que a recorrente denomina de "preclusão" confunde-se com o instituto da decadência (em sentido estrito).

Seja como for, considerando ambos institutos como perda de qualquer direito pelo decurso do tempo (decadência em sentido amplo), não vislumbro que tal fato tenha ocorrido. Isto porque o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário pelo lançamento se dá com referência à hipótese de incidência - no caso, o não pagamento do IRPJ em decorrência da amortização do ágio - e não com referência aos atos societários praticados.

Em outras palavras, não se questiona aqui a existência e validade dos atos societários em si, mas a hipótese de incidência (lucro), e é esta hipótese a referência para a prazo inicial da decadência.

Desta forma, correto o entendimento da decisão de primeira instância no sentido de que o Fisco pode verificar fatos, operações e documentos, passíveis de registros contábeis e fiscais, devidamente escriturados ou não, em períodos de apuração atingidos pela decadência, em face de comprovada repercussão no futuro, qual seja: na apuração de lucro líquido ou real de períodos não atingidos pela decadência.

Assim, afasto a preliminar de "preclusão" relativamente aos atos societários praticados e acolho a decadência relativamente ao ano-calendário de 2007.

V - JUROS SOBRE MULTA SE OFÍCIO

A respeito do tema, curvo-me ao entendimento mais recente, consagrado pela Câmara Superior de Recursos Fiscais deste Conselho, e refletido no acórdão nº 9101-00539, de 11/03/2010, de lavra da Conselheira Viviane Vidal Wagner, *in verbis*:

O conceito de crédito tributário, nos termos do art. 139 do CTN, comporta tanto tributo quanto penalidade pecuniária.

Uma interpretação literal e restritiva do caput do art. 61 da Lei nº 9.430/96, que regula os acréscimos moratórios sobre débitos decorrentes de tributos e contribuições, pode levar à equivocada conclusão de que estaria excluída desses débitos a multa de ofício.

Contudo, uma norma não deve ser interpretada isoladamente, especialmente dentro do sistema tributário nacional.

No dizer do jurista Juarez Freitas (2002, p.70), "interpretar uma norma é interpretar o sistema inteiro: qualquer exegese comete, direta ou obliquamente, uma aplicação da totalidade do direito". Merece transcrição a continuidade do seu raciocínio:

"Não se deve considerar a interpretação sistemática como simples instrumento de interpretação jurídica. É a interpretação sistemática, quando entendida em profundidade, o processo hermenêutico por excelência, de tal maneira que ou se compreendem os enunciados prescritivos nos plexos dos demais enunciados ou não se alcançará compreendê-los sem perdas substanciais. Nesta medida, mister afirmar, com os devidos temperamentos, que a interpretação jurídica é sistemática ou não é interpretação." (A interpretação sistemática do direito, 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 74).

Dai, por certo, decorrerá uma conclusão lógica, já que interpretar sistematicamente implica excluir qualquer solução interpretativa que resulte logicamente contraditória com alguma norma do sistema.

O art. 161 do CTN não distingue a natureza do crédito tributário sobre o qual deve incidir os juros de mora, ao dispor que o crédito tributário não pago integralmente no seu vencimento é acrescido de juros de mora, independentemente dos motivos do inadimplemento.

Nesse sentido, no sistema tributário nacional, a definição de crédito tributário há de ser uniforme.

De acordo com a definição de Hugo de Brito Machado (2009, p.172), o crédito tributário "é o vínculo jurídico, de natureza obrigacional, por força do qual o Estado (sujeito ativo) pode exigir do particular, o contribuinte ou responsável (sujeito passivo), o pagamento do tributo ou da penalidade pecuniária (objeto da relação obrigacional)."

A obrigação tributária principal referente à multa de ofício, a partir do lançamento, converte-se em crédito tributário, consoante previsão do art. 113, §1º, do CTN:

Art. 113 A obrigação tributária é principal ou acessória.

§ 1º A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito tributário dela decorrente. (destacou-se)

A obrigação principal surge, assim, com a ocorrência do fato gerador e tem por objeto tanto o pagamento do tributo como a penalidade pecuniária decorrente do seu não pagamento, o que inclui a multa de ofício proporcional.

A multa de ofício é prevista no art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, e é exigida "juntamente com o imposto, quando não houver sido anteriormente pago" (§1º).

Assim, no momento do lançamento, ao tributo agrega-se a multa de ofício, tornando-se ambos obrigação de natureza pecuniária, ou seja, principal.

A penalidade pecuniária, representada no presente caso pela multa de ofício, tem natureza punitiva, incidindo sobre o montante não pago do tributo devido, constatado após ação fiscalizatória do Estado.

Os juros moratórios, por sua vez, não se tratam de penalidade e têm natureza indenizatória, , compensarem o atraso na entrada dos recursos que seriam de direito da União.

A própria lei em comento traz expressa regra sobre a incidência de juros sobre a multa isolada.

Eventual alegação de incompatibilidade entre os institutos é de ser afastada pela previsão contida na própria Lei nº 9.430/96 quanto à incidência de juros de mora sobre a multa exigida isoladamente. O parágrafo único do art. 43 da Lei nº 9.430/96 estabeleceu expressamente que sobre o crédito tributário constituído na forma do caput incidem juros de mora a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento.

O art. 61 da Lei nº 9.430, de 1996, ao se referir a débitos decorrentes de tributos e contribuições, alcança os débitos em geral relacionados com esses tributos e contribuições e não apenas os relativos ao principal, entendimento, dizia então, reforçado pelo fato de o art. 43 da mesma lei prescrever expressamente a incidência de juros sobre a multa exigida isoladamente.

Nesse sentido, o disposto no §3º do art. 950 do Regulamento do Imposto de Renda aprovado pelo Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999 (RIR/99) exclui a equivocada interpretação de que a multa de mora prevista no caput do art. 61 da Lei nº 9.430/96 poderia ser aplicada concomitantemente com a multa de ofício.

Art.950. Os débitos não pagos nos prazos previstos na legislação específica serão acrescidos de multa de mora, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento por dia de atraso (Lei nº 9.430, de 1996, art. 61).

§1º A multa de que trata este artigo será calculada a partir do primeiro dia subsequente ao do vencimento do prazo previsto para o pagamento do imposto até o dia em que ocorrer o seu pagamento (Lei nº 9.430, de 1996, art. 61, §1º).

§2º O percentual de multa a ser aplicado fica limitado a vinte por cento (Lei nº 9.430, de 1996, art. 61, §2º).

§3º A multa de mora prevista neste artigo não será aplicada quando o valor do imposto já tenha servido de base para a aplicação da multa decorrente de lançamento de ofício.

A partir do trigésimo primeiro dia do lançamento, caso não pago, o montante do crédito tributário constituído pelo tributo mais a multa de ofício passa a ser acrescido dos juros de mora devidos em razão do atraso da entrada dos recursos nos cofres da União.

No mesmo sentido já se manifestou a Câmara Superior de Recursos Fiscais quando do julgamento do Acórdão nº CSRF/04-00.651, julgado em 18/09/2007, com a seguinte ementa:

JUROS DE MORA - MULTA DE OFÍCIO - OBRIGAÇÃO PRINCIPAL - A obrigação tributária principal surge com a ocorrência do fato gerador e tem por objeto tanto o pagamento do tributo como a penalidade pecuniária decorrente do seu não pagamento, incluindo a multa de ofício proporcional. O crédito tributário corresponde a toda a obrigação tributária principal, incluindo a multa de ofício proporcional, sobre o qual, assim, devem incidir os juros de mora à taxa Selic.

Cabe referir, ainda, a Súmula Carf nº 5: "São devidos juros de mora sobre o crédito tributário não integralmente pago no vencimento, ainda que suspensa sua exigibilidade, salvo quando existir depósito no montante integral."

Diante da previsão contida no parágrafo único do art. 161 do CTN, busca-se na legislação ordinária a norma complementar que preveja a correção dos débitos para com a União.

Para esse fim, a partir de abril de 1995, tem-se a taxa Selic, instituída pela Lei nº 9.065, de 1995.

No âmbito do Poder Judiciário, a jurisprudência é forte no sentido da aplicação da taxa de juros Selic na cobrança do crédito tributário, como se vê no exemplo abaixo:

REsp 1098052 / SP RECURSO ESPECIAL2008/0239572-8 Relator(a) Ministro CASTRO MEIRA (1125) Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA Data do Julgamento 04/12/2008 Data da Publicação/Fonte DJe 19/12/2008 Ementa PROCESSUAL CIVIL. OMISSÃO. NÃO-OCORRÊNCIA. LANÇAMENTO. DÉBITO DECLARADO E NÃO PAGO. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. DESNECESSIDADE. TAXA SELIC. LEGALIDADE.

É infundada a alegação de nulidade por maltrato ao art. 535 do Código de Processo Civil, quanto o recorrente busca tão-somente rediscutir as razões do julgado.

Em se tratando de tributos lançados por homologação, ocorrendo a declaração do contribuinte e na falta de pagamento da exação no vencimento, a inscrição em dívida ativa independe de procedimento administrativo.

É legítima a utilização da taxa SELIC como índice de correção monetária e de juros de mora, na atualização dos créditos tributários (Precedentes: AgRg nos EREsp 579.565/SC, Primeira Seção, Rel. Min. Humberto Martins, DJU de 11.09.06 e AgRg nos EREsp 831.564/RS, Primeira Seção, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU de 12.02.07).

No âmbito administrativo, a incidência da taxa de juros Selic sobre os débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal foi pacificada com a edição da Súmula CARF nº 4, de observância obrigatória pelo colegiado, por força de norma regimental (art. 72 do RICARF), nos seguintes termos:

Súmula CARF nº 4: *A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.*

No mesmo sentido, aliás, tem decidido o Superior Tribunal de Justiça, conforme ementa abaixo reproduzida:

DIREITO TRIBUTÁRIO. INCIDÊNCIA DE JUROS DE MORA SOBRE MULTA FISCAL PUNITIVA.

É legítima a incidência de juros de mora sobre multa fiscal punitiva, a qual integra o crédito tributário. Precedentes citados: REsp 1.129.990-PR, DJe 14/9/2009, e REsp 834.681-MG, DJe 2/6/2010. AgRg no REsp 1.335.688-PR, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 4/12/2012.

Por esta razão, afasto a alegação da recorrente de que não haveria incidência de juros sobre a multa de ofício, ressaltando que tal fato não decorre da autuação, mas decorrerá do vencimento da multa, por ocasião do não pagamento voluntário do valor resultante deste auto de infração, no seu respectivo vencimento, momento em que se iniciará o compute de juros sobre a multa.

RECURSO DE OFÍCIO

Neste tópico, destaco que a interessada alegou ser o crédito tributário ilíquido, uma vez que os valores das bases de cálculo apuradas pela Fiscalização não corresponderam aos efetivos descontos obtidos. (item I.2 - Da Obscuridade no Tocante à Base de Cálculo Autuada - Ausência de Liquidez e Certeza do Crédito Tributário Cobrado)

Argüiu que teria realizado ajustes ao valor presente do passivo, os quais teriam sido utilizados pela Fiscalização na mensuração da matéria tributável.

Destacou que a parte do TVF abaixo reproduzida evidencia que, na apuração da base de cálculo, a Fiscalização se pautou nos valores contabilizados a título de ajuste ao valor presente:

Segundo informações prestadas (Doc. 7B) pelo contribuinte, no caso dos descontos obtidos junto ao FOMENTAR recebidos pela Hypermarchas, a partir do ano de 2008, com os ajustes da regra contábil, o reconhecimento dos valores passou a ser feito pelo regime de competência, com base na expectativa e históricos de leilões, através de Ajuste ao Valor Presente, sendo efetuado o lançamento por período de apuração, com devidos ajustes quando necessário.

Portanto, a partir de 2008, considerando o fato dos leilões se referirem a diversas apurações de ICMS, inclusive de períodos anteriores, não há correlação entre o valor anualmente contabilizado com os discriminados nos leilões acima descritos.

Sendo assim, a partir de 2008, a base de cálculo das receitas referentes aos descontos obtidos junto ao FOMENTAR, omitidas da base tributável, foi calculada através dos valores informados em FCONT, expurgados da escrituração comercial.

Destacou ainda que a Lei nº 11.638, de 2007, trouxe inovações no sentido de aproximar a contabilidade nacional das práticas internacionais, conforme expressamente consignado na nova redação do § 5º do artigo 177 da Lei nº 6.404, de 1976:

Art. 177. A escrituração da companhia será mantida em registros permanentes, com obediência aos preceitos da legislação comercial e desta Lei e aos princípios de contabilidade geralmente aceitos, devendo observar métodos ou critérios contábeis uniformes no tempo e registrar as mutações patrimoniais segundo o regime de competência.

(...)

§ 3º As demonstrações financeiras das companhias abertas observarão, ainda, as normas expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários e serão obrigatoriamente submetidas a auditoria por auditores independentes nela registrados. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 4º As demonstrações financeiras serão assinadas pelos administradores e por contabilistas legalmente habilitados.

§ 5º As normas expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários a que se refere o § 3º deste artigo deverão ser elaboradas em consonância com os padrões internacionais de contabilidade adotados nos principais mercados de valores mobiliários. (Incluído pela Lei nº 11.638, de 2007)

Com isso, houve uma significativa alteração nos métodos e critérios contábeis nacionais, retirando a influência do Fisco sobre a forma como deveria ser elaborada a escrituração comercial da empresa, a qual passou a refletir com mais justeza o seu valor de mercado, informação relevante para os investidores e outros agentes privados.

Dentro deste novo cenário contábil, inseriu-se a avaliação dos elementos do passivo pelo ajuste a valor presente, nos termos do disposto no artigo 184 da Lei nº 6.404, de 1964:

Art. 184. No balanço, os elementos do passivo serão avaliados de acordo com os seguintes critérios:

I - as obrigações, encargos e riscos, conhecidos ou calculáveis, inclusive Imposto sobre a Renda a pagar com base no resultado do exercício, serão computados pelo valor atualizado até a data do balanço;

II - as obrigações em moeda estrangeira, com cláusula de paridade cambial, serão convertidas em moeda nacional à taxa de câmbio em vigor na data do balanço;

~~*III - as obrigações, encargos e riscos classificados no passivo exigível a longo prazo serão ajustados ao seu valor presente, sendo os demais ajustados quando houver efeito relevante. (Redação dada pela Lei nº 11.638, de 2007)*~~

~~*III - as obrigações, encargos e riscos classificados no passivo não circulante serão ajustados ao seu valor presente, sendo os demais ajustados quando houver efeito relevante. (Redação dada pela Medida Provisória nº 449, de 2008)*~~

III - as obrigações, os encargos e os riscos classificados no passivo não circulante serão ajustados ao seu valor presente, sendo os demais ajustados quando houver efeito relevante. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

Não obstante as inovações na seara contábil, foi instituído, pelo artigo 16 da Lei nº 11.941, de 2009, o princípio da neutralidade tributária, o qual impõe que, para fins fiscais, o lucro tributado não seria o lucro comercial apurado com a aplicação das novas

práticas contábeis, mas o lucro real decorrente do lucro líquido apurado pela contabilidade comercial anteriormente vigente com as adições e exclusões previstas nas leis fiscais:

Art. 16. As alterações introduzidas pela Lei nº 11.638, de 28 de dezembro de 2007, e pelos arts. 37 e 38 desta Lei que modifiquem o critério de reconhecimento de receitas, custos e despesas computadas na apuração do lucro líquido do exercício definido no art. 191 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, não terão efeitos para fins de apuração do lucro real da pessoa jurídica sujeita ao RTT, devendo ser considerados, para fins tributários, os métodos e critérios contábeis vigentes em 31 de dezembro de 2007.

Parágrafo único. Aplica-se o disposto no caput deste artigo às normas expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários, com base na competência conferida pelo § 3º do art. 177 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e pelos demais órgãos reguladores que visem a alinhar a legislação específica com os padrões internacionais de contabilidade.

Verifica-se, então, que deve ser neutralizada qualquer possível repercussão na esfera tributária que a alteração das normas contábeis poderia provocar.

Diante do acima exposto, conclui-se correto o entendimento da DRJ ao corrigir a autuação de modo que a receita gerada com a expectativa de redução da dívida com base no histórico dos descontos obtidos nos leilões não possa ser tributada, devendo-se aceitar o seu cômputo no ajuste do RTT, a fim de se aplicar o princípio da neutralidade tributária previsto na Lei nº 11.941, de 2009.

Por conseguinte, os valores contabilizados a título de ajuste a valor presente dos financiamentos percebidos no âmbito do Fomentar não podem compor o lucro real nem a base de cálculo da CSLL.

Destacou finalmente que tal conclusão produziu alteração em virtude de a subvenção tratada nos autos ser ou não para investimento.

Independentemente da natureza da subvenção, os ajustes a valor presente não são tributados, por força do princípio da neutralidade tributária.

Em se tratando de subvenção para custeio, a tributação deve recair sobre as receitas auferidas com base nos procedimentos contábeis vigentes até 31/12/2007. No caso vertente, entendeu que devem ser tributados os efetivos descontos obtidos nos leilões, os quais representam a real subvenção concedida em decorrência do perdão da dívida pelo Estado de Goiás.

Considerando que as bases de cálculo apuradas pela Fiscalização não encontram respaldo na legislação tributária, não podem prosperar as autuações nesta parte.

De todo modo, o tema restou superado considerando que a Subvenção do programa FOMENTAR, neste caso, foi reconhecida por meio do acatamento parcial do recurso voluntário, inicialmente julgado.

Em outras palavras, se foi correto o procedimento do contribuinte quanto ao cálculo do seu IRPJ e CSLL considerando o FOMENTAR como subvenção de

investimento, indiferente se a base de cálculo está correta ou não, em relação ao Recurso de Ofício, posto que a mesma base refere-se justamente aos valores do FOMENTAR.

Considerando que a glosa relativa ao FOMENTAR resta afastada, ficou prejudicada a análise da preliminar relativa a este item, para o qual, segundo a recorrente, teria faltado o requisito da Motivação na lavratura do auto.

Diante de todo o exposto, voto por NEGAR provimento ao Recurso de Ofício e dar provimento PARCIAL ao Recurso Voluntário, para: **1)** reconhecer o direito da recorrente em deduzir a subvenção de investimento do programa FOMENTAR do IRPJ e CSLL, bem como não incluir a mesma subvenção na receita tributável pelo Pis e pela COFINS; **2)** afastar a multa qualificada, reduzindo-a para 75% e, por conseguinte; **3)** reconhecer a decadência relativa ao período de 2007, tudo nos termos da presente decisão.

É o voto.

Demetrius Nichele Macei - Relator