



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	16682.721120/2020-12
ACÓRDÃO	1101-001.371 – 1ª SEÇÃO/1ª CÂMARA/1ª TURMA ORDINÁRIA
SESSÃO DE	14 de agosto de 2024
RECURSO	DE OFÍCIO E VOLUNTÁRIO
RECORRENTES	FAZENDA NACIONAL FERROPORT LOGISTICA COMERCIAL EXPORTADORA S.A.

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2015, 2016, 2017

ÁGIO. AMORTIZAÇÃO. ANÁLISE DE FATOS PASSADOS. PRECLUSÃO. INEXISTÊNCIA. SÚMULA CARF Nº 116.

Para fins de contagem do prazo decadencial para a constituição de crédito tributário relativo a glosa de amortização de ágio na forma dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, deve-se levar em conta o período de sua repercussão na apuração dos tributos em cobrança.

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. AQUISIÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA. POSSIBILIDADE.

O art. 20 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, determina a segregação do ágio nas hipóteses de aquisição da participação societária de investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido. Assim, havendo aquisição de participação societária de coligada ou de controlada junto a terceiros independentes com pagamento de ágio, deve ser admitida a amortização dessa parcela, nos termos dos art. 7º e art. 8º da Lei nº 9.532, de 1997.

AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO. UTILIZAÇÃO DE EMPRESA VEÍCULO

A Lei 9.532/97 permite ao contribuinte adquirir participações societárias mediante a interposição de empresas veículo, assegurando-lhe a amortização fiscal do ágio, inexistindo razões para demonizar sua utilização. A opção pela realização de investimentos societários mediante a interposição de empresa veículo necessária ou útil à estratégia de negócios do contribuinte não representa, por si só, infração à lei, com ou sem os reflexos tributários decorrentes da amortização do ágio.

Defenestrar a opção do contribuinte à realização de ato jurídico que a lei assegura efeitos lícitos próprios, de natureza tributária ou não, baseado na

premissa de artificialidade ou de inexistência de propósito ou vício de intenção, desborda no desestímulo à realização de ato que a própria legislação assegura ser praticado. Buscar o ágio não é ilícito, salvo nos casos de demonstração de simulação ou outro tipo de patologia intencional que justifique a desconstituição do ato em si.

O combate à artificialidade de mecanismos jurídicos apontados pela administração tributária para coibir a evasão fiscal é importante e deve pautar a proteção à legalidade e à boa-fé das relações jurídicas, mas não autoriza a administração tributária a valer-se de instrumentos antijurídicos para pretender alcançar fatos econômicos não relacionados com o contribuinte, atribuindo-lhe a pecha da simulação, fraude, conluio, abuso de direito, artificialidade de condutas ou falta de propósito.

JUROS CAPITALIZADOS. DEDUÇÃO EM DUPLICIDADE. NÃO VERIFICADO.

Tendo o contribuinte demonstrado a realização de ajustes na apuração fiscal da base de cálculo do IRPJ e da CSLL para neutralizar os efeitos contábeis e, assim, evitar a dedução em duplicidade de juros capitalizados durante a fase pré-operacional da empresa, resta comprovado não ter havido redução indevida das bases tributárias.

CONCOMITÂNCIA DE MULTA ISOLADA COM MULTA DE OFÍCIO. DUPLA PENALIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. ALTERAÇÃO LEGISLATIVA. SUBSISTÊNCIA DO EXCESSO SANCIONATÓRIO. MATÉRIA TRATADA NOS PRECEDENTES DA SÚMULA CARF Nº 105. ADOÇÃO E APLICAÇÃO DO COROLÁRIO DA CONSUNÇÃO.

Não é cabível a imposição de multa isolada, referente a estimativas mensais, quando, no mesmo lançamento de ofício, já é aplicada a multa de ofício.

É certo que o cerne decisório dos Acórdãos que erigiram a Súmula CARF nº 105 foi precisamente o reconhecimento da ilegitimidade da dinâmica da saturação punitiva percebida pela coexistência de duas penalidades sobre a mesma exação tributária.

O instituto da consunção (ou da absorção) deve ser observado, não podendo, assim, ser aplicada penalidade pela violação do dever de antecipar o valor de um determinado tributo concomitantemente com outra pena, imposta pela falta ou insuficiência de recolhimento desse mesmo tributo, verificada após a sua apuração definitiva e vencimento.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL.

Aplica-se à tributação reflexa idêntica solução dada ao lançamento principal, em face da estreita relação de causa e efeito entre ambos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em: i) negar provimento ao recurso de ofício; ii) dar provimento ao recurso voluntário, nos termos do voto do Relator. Declarou-se impedido o Conselheiro José Roberto Adelino da Silva.

Sala de Sessões, em 14 de agosto de 2024.

Assinado Digitalmente

Jeferson Teodorovicz – Relator

Assinado Digitalmente

Efigênio de Freitas Júnior – Presidente

Participaram da sessão de julgamento os julgadores Itamar Artur Magalhães Alves Ruga, Jeferson Teodorovicz, Edmilson Borges Gomes, Diljesse de Moura Pessoa de Vasconcelos Filho, Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri (suplente convocada) e Efigênio de Freitas Júnior (Presidente).

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, efls. 2403/2492 e Recurso de Ofício, apresentando contra Acórdão da DRJ (e-fls. 2346/2399), que julgou parcialmente a pretensão impugnatória (efls. 1090/1200) do contribuinte contra autuação resultante de lançamento de ofício de crédito tributário de Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica (IRPJ) no valor de R\$ 172.816.613,15; e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), no valor de R\$ 62.257.766,63.

Os referidos valores estão acrescidos de multa de ofício proporcional a 75% do valor do tributo não recolhido e juros moratórios calculados até 11/2020, bem como multa isolada exigida sobre as diferenças apuradas no recolhimento das estimativas mensais do IRPJ e da CSLL no período (efls. 1047/1081), conforme o Termo de Verificação Fiscal (efls. 1009/1045).

Para síntese dos fatos, reproduzo em parte o relatório do Acórdão recorrido (e-fls. 2346/2399):

Trata-se de julgamento de impugnação contra lançamento de ofício de crédito tributário referente aos seguintes tributos, apurados relativamente aos anos-calendário 2015 a 2017: Imposto de Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ), no valor de R\$ 172.816.613,15; e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), no valor de R\$ 62.257.766,63. Referidos valores estão acrescidos de multa de ofício proporcional a 75% do valor do tributo não recolhido e juros moratórios calculados até 11/2020, bem como multa isolada exigida sobre as diferenças apuradas no recolhimento das estimativas mensais do IRPJ e da CSLL no período fiscalizado. Conforme Termo de Verificação Fiscal (fls. 1009 a 1045), os autos de infração foram lavrados em face da constatação de valores excluídos indevidamente na determinação do Lucro Real e da base de cálculo da CSLL a título de i) despesas de amortização de ágio pago por expectativa de rentabilidade futura; e ii) amortização de ativo diferido, a qual teria sido feita em duplicidade. Por consequência, foi lançada também multa isolada de 50% sobre as diferenças apuradas no recolhimento das estimativas mensais de IRPJ e CSLL no período fiscalizado, em virtude da glosa das exclusões efetuadas pelo contribuinte.

I. DO RELATÓRIO FISCAL

1) Da indedutibilidade da amortização do ágio A autoridade fiscal relata que no período de 2015 a 2017 o contribuinte teria excluído, anualmente, para fins de apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL, o valor de R\$ 55.640.570,68 a título de amortização de ágio. A partir de esclarecimentos fornecidos pelo sujeito passivo, obteve conhecimento de que as exclusões se referiam a amortizações do ágio registrado originalmente pela empresa Anglo American Participações em Mineração Ltda. (AAPM) na aquisição de participação na empresa LLX Minas-Rio (também referida como LLX-MR, antiga denominação da Ferroport, a impugnante neste processo,) e na Centennial Asset Participações Minas-Rio S.A. (CAPMR).

A autoridade lançadora resume a reorganização societária que deu origem ao ágio posteriormente aproveitado pela impugnante da seguinte maneira: A aquisição, conforme relatado, ocorreu em duas etapas, sendo uma a aquisição de sociedade que detinha participação direta no investimento e, outra, a subscrição de novas ações de emissão da investida. Assim, tendo em vista não ter se tratado de ágio interno ou que não tenha sido efetivamente pago, a verificação da regularidade de sua amortização passou a abranger a utilização ou não de empresa-veículo, seja no modelo clássico de sociedade sem propósito comercial, seja pela falta de confusão patrimonial entre real investidor e investida. (...) A partir da resumida cronologia dos principais fatos, verifica-se que o grupo Anglo American adquiriu, em 2007, 49% do capital de LLX-MR, mas por meios indiretos, que geraram vantagens imediatas e potencializaram outras. A transação que gerou o ágio que vem sendo amortizado, conforme indicado pela resposta do contribuinte e verificado pelas informações levantadas, ocorreu em duas etapas. Uma, por meio da aquisição de CAPMR, que detinha o investimento em LLX-MR (e também em MMX-MR).

Embora o mais natural fosse a aquisição de cada um dos dois investimentos pretendidos, a aquisição de uma sociedade já existente (uma empresa-veículo "natural") abria possibilidades de uma incorporação reversa, mantendo-se a segregação do investimento. A segunda etapa consistiu em aumento de capital em LLX-MR, com emissão de novas ações. Eventual alienação por um dos sócios de LLX-MR das ações já emitidas levaria à necessária apuração de ganho de capital da operação, o que, pela forma efetuada foi evitado. Dessa forma, o ágio foi gerado sem um correspondente ganho de capital. Com isso, houve registro de ágio em AAPM pela aquisição de CAMPR e pelo aumento de capital em LLX-MR. [grifei] O aproveitamento fiscal do ágio teria sido viabilizado, então, com duas operações societárias posteriores: a cisão parcial da AAPM, empresa adquirente nas duas etapas que deram origem ao ágio, com versão da parte de seu patrimônio que continha a participação em CAPMR adquirida com ágio para a própria CAPMR e incorporação desta empresa pela Ferroport (à época LLX-MR); e a incorporação da parcela do patrimônio da AAPM que detinha participação direta na Ferroport por esta última.

A autoridade fiscal, então, passa a questionar a capacidade da AAPM de atuar como investidora nessas operações, tendo em vista, especialmente, a origem dos recursos utilizados para a realização dos investimentos descritos que deram origem ao ágio em discussão. Mas AAPM tinha recursos suficientes para fazer esses investimentos? A resposta é negativa. AAPM, conforme exposto, foi constituída em 23/03/2007, AAIMF em 03/05/2007, LLX-MR em 12/04/2007, e CAPMR em 17/04/2006.

Todo o capital empregado na aquisição dos 49% do capital de LLX com ágio veio do exterior, conforme se apontou nas alterações contratuais de AAPM. Sua controladora estrangeira Anglo Iron Ore Investments ("AIOI"), sediada em Luxemburgo, foi quem remeteu R\$ 2,95 bilhões do exterior para ela em 13/07/2007 e 16/07/2007. Foi em 18/07/2007 que AAPM efetuou aumento de capital em LLX-MR (embora a resposta de FERROPORT refira-se a 13/07, a AGE que aprovou o aumento é do dia 18).

Da mesma forma, em 13/07/2007, foi concretizada a venda de CAPMR por CENT-LLC, com a correspondente liquidação financeira em 18/07/2007. Ou seja, resta claro que o valor empregado na operação que gerou o ágio foi integralmente originado de AIOI, que poderia ter feito a aquisição de CAPMR e o aporte de capital em LLX-MR diretamente. Nem seria possível alegar que o grupo Anglo American estivesse ingressando no país, tendo em vista que AAB, por exemplo, foi constituída em 1973 sob a denominação Anglo American Corporation do Brasil Ltda. [grifei] A autoridade fiscal destaca que no curso da fiscalização, nos esclarecimentos fornecidos pelo contribuinte, a FERROPORT procurou enfatizar o conservadorismo dos valores alocados como ágio por rentabilidade futura e o tempo transcorrido entre a aquisição com ágio e o efetivo aproveitamento. Isso porque o contribuinte relatou ter registrado um valor menor a título de ágio baseado em rentabilidade futura do que o efetivamente pago, tanto com relação

à subscrição de ações quanto com relação à aquisição indireta da LLX-MR, por meio da aquisição da empresa CAPMR, bem como enfatizou que entre o nascimento das parcelas de ágio amortizáveis e o início de sua efetiva amortização transcorreram 7 anos (as aquisições de investimentos com ágio ocorreram em 2007, enquanto o aproveitamento do ágio iniciou apenas em 2014).

Com relação à operação de subscrição de ações, estas teriam sido integralizadas por R\$ 335.338.787,60, para aquisição de participação equivalente a 27,14% do patrimônio da LLX-MR, o que correspondia a uma participação com valor contábil de R\$ 91.196.243,07, verificando-se, portanto, o pagamento de um ágio de R\$ 244.142.544,53.

Entretanto, como tal sobrepreço pago não obteve amparo integral no laudo elaborado pela KPMG à época, que atribuiu um valor de R\$ 207.680.000,00 para o investimento adquirido, o contribuinte teria registrado um valor menor para o ágio pago com base em rentabilidade futura (R\$ 116.489.756,93), consistente com o demonstrado pelo laudo. Já com relação à aquisição, pela AAPM, de 100% do capital da CAPMR, a qual detinha investimento da Ferroport, o contribuinte explicou à autoridade fiscal ter adotado posição conservadora ao registrar como ágio amortizável apenas o valor do sobrepreço pago proporcional ao investimento adquirido indiretamente na Ferroport, equivalente a 12% de participação, e não o valor total.

Nesse sentido, teria registrado R\$ 161.719.096,44 como ágio amortizável, totalizando, junto com a parcela referente à operação de subscrição e integralização de novas ações emitidas pela impugnante, R\$ 278.202.853,37.

Sobre essas explicações fornecidas pelo contribuinte, a fiscalização manifestou o seguinte entendimento:

Quanto ao acertado conservadorismo dos números, pode-se afirmar que ele decorreu do laudo de avaliação do investimento, que não permitia leitura distinta da que foi feita. O laudo, vale dizer, foi elaborado apenas em 13/01/2014 (embora referente à data do fechamento da transação, tendo como base um balanço não auditado de LLX-MR). Em relação ao tempo transcorrido até sua utilização, é fato que não haveria qualquer proveito caso a amortização tivesse começado em período anterior. Os investimentos em FERROPORT (ou LLX-MR) em 2007 foram efetivados em período pré-operacional da companhia, isto é, quando não havia receitas e, portanto, não haveria lucro contábil nem fiscal. Qualquer amortização nesse período apenas serviria para aumentar o prejuízo do período, além de não corresponder ao "espírito" da amortização por rentabilidade futura, dado que ainda não havia operação. A companhia somente efetuou seu primeiro embarque, em outubro de 2014. (...) Analisando-se os resultados de FERROPORT, nota-se que conforme era de se esperar, não houve lucro tributável entre 2007 e 2013. O primeiro ano em que houve lucro foi 2014. Foi quando começou a ser útil amortizar o ágio (além de razoável, visto que a companhia, até então, não havia

operado). Caso, o ágio tivesse sido amortizado nos períodos anteriores, teria apenas gerado prejuízo fiscal e base negativa de CSLL, cujo aproveitamento ficaria restrito a 30% do montante tributável do ano (o que, aliás, foi enfatizado no trecho das demonstrações financeiras reproduzido). Isso teria levado a resultados tributáveis maiores no período. [grifei]

Ao final, a fiscalização entendeu ser inaceitável o aproveitamento tributário do ágio levado a cabo pela impugnante tendo em vista, especialmente, dois motivos: i) a falta de confusão patrimonial entre aquela que seria a real investidora e a investida, considerando-se que a investidora de fato seria a sociedade estrangeira Anglo Iron Ore Investments (AIOI) e que, portanto, as operações teriam sido realizadas por meio de empresa-veículo; e ii) a extemporaneidade do laudo apresentado para fundamentar o ágio aproveitado, o qual teria sido elaborado apenas em 2013, enquanto as operações societárias que deram origem ao ágio ocorreram em 2007.

a) Da falta de confusão patrimonial entre investidora e investida A autoridade fiscal fundamenta a indedutibilidade da amortização do ágio com base no entendimento de que não houve a confusão patrimonial entre investidora e investida, nos termos exigidos pela legislação tributária¹, da seguinte maneira:

1 Lei 9.532/1997: Evidentemente, se a aquisição fosse feita diretamente pela sociedade estrangeira, não haveria como criar condições formais de aproveitamento do ágio. Ressalte-se que o suporte legal para o aproveitamento do ágio, dado pelos artigos 7º e 8º da Lei 9.532/97, pressupõe que a investidora e a investida tenham que integrar uma mesma universalidade, uma vez que a mesma somente permite o aproveitamento fiscal do ágio para “a pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio”. A lei assim se dirige à real pessoa jurídica investidora, aquela que efetivamente acreditou na mais valia do investimento, coordenou e comandou os estudos de rentabilidade futura e desembolsou os recursos para a aquisição. Resulta-se, então, da análise dos dispositivos citados que, afora outras condições legalmente exigidas, a dedutibilidade fiscal da amortização do ágio só encontra respaldo no ordenamento jurídico na hipótese de a detentora desse ativo (investidora que gozará da dedução fiscal) absorver patrimônio da sociedade investida (aquela que irá gerar a rentabilidade esperada), de cujo correspondente custo de aquisição tal ágio seja parte integrante. Todavia, quando, em razão de reorganizações societárias, passam a ser utilizadas novas pessoas jurídicas distintas da real investida e da real investidora, e o evento de absorção não envolve mais a real investida e a real investidora e sim outras pessoas jurídicas diversas destas, a subsunção aos artigos 7º e 8º da Lei 9.532/97 torna-se impossível, uma vez que a situação fática deixa de se amoldar à hipótese prevista na Lei. (...) Conforme amplamente comentado no item anterior, o real adquirente da participação em LLX-MR foi AIOI, uma vez que foi quem aportou os recursos, quem tomou as decisões e, em última instância, quem assumiu os riscos da operação. Art. 7º A

pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no art. 20 do Decreto-Lei nº1.598, de 26 de dezembro de 1977: (Vide Medida Provisória nº 135, de 30.10.2003)

I - deverá registrar o valor do ágio ou deságio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "a" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, em contrapartida à conta que registre o bem ou direito que lhe deu causa;

II - deverá registrar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "c" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº1.598, de 1977, em contrapartida a conta de ativo permanente, não sujeita a amortização;

III - poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do § 2º do art. 20 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração; (Redação dada pela Lei nº9.718, de 1998)

IV - deverá amortizar o valor do deságio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados durante os cinco anos-calendários subsequentes à incorporação, fusão ou cisão, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no mínimo, para cada mês do período de apuração. (...)

Art. 8ª O disposto no artigo anterior aplica-se, inclusive, quando: a) o investimento não for, obrigatoriamente, avaliado pelo valor de patrimônio líquido; b) a empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a propriedade da participação societária.

A dedução da amortização de ágio deve beneficiar quem suportou o ônus de efetivamente pagar por ele, seu real investidor, aquele que arcou com todos os recursos que propiciaram a concretização do negócio. Não se questiona a existência do ágio apurado, mas, sim, a possibilidade de seu aproveitamento para reduzir o resultado tributário de FERROPORT, que não existiria (formalmente) caso a aquisição tivesse ocorrido diretamente por AIOI.

A amortização de ágio em situações nas quais houve pagamento efetivo e utilização de empresas-veículo está muito longe de ser matéria pacificada. No entanto, grande parte das recentes decisões do Carf (inclusive na CSRF) 2 têm sido no sentido de reconhecer que, para que se possa aceitar o aproveitamento tributário desse tipo de ágio via amortização, é necessário haver confusão patrimonial entre o real investidor e a empresa investida. [grifei]

b) Do laudo técnico utilizado para fundamentar o ágio

Com relação ao laudo apresentado pela impugnante para justificar o ágio pago na aquisição dos investimentos e posteriormente aproveitado para fins fiscais, a autoridade tributária sustenta a recusa do documento para fundamentar o

sobrepreço pago e, conseqüentemente, a sua dedutibilidade, conforme trechos reproduzidos a seguir: (...) o laudo apresentado para justificar a rentabilidade futura, embora tenha se baseado num balanço (não auditado) da época dos fatos (2007), foi elaborado somente em 2013, quando já se delineava a utilidade do aproveitamento tributário do ágio. Embora não seja pacífico esse entendimento, grande parte dos julgamentos do Carf têm sido no sentido de que o ágio deveria ter sido escriturado com base em laudo prévio. Por questões temporais, certamente o laudo em questão não serviu como base para o pagamento e a respectiva escrituração do ágio gerado em 2007. Além disso, segundo consta do próprio laudo "o objetivo do nosso trabalho é preparar uma cópia do relatório elaborado na época do fechamento da transação, separando as informações relacionadas à LLX Minas-Rio. O resultado do nosso trabalho não pode ser usado para fins contábeis ou qualquer outro fim que não aquele definido no objetivo da nossa proposta".

A auditoria tomou por base relatórios fornecidos pelo próprio interessado, e fez questão de limitar sua responsabilidade sobre o conteúdo do "laudo técnico".

Assim, não parece razoável a aceitação do laudo técnico apresentado, para fins de lastrear o aproveitamento tributário do ágio. (...) Há quem entenda que a leitura do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598/1977 deve ser restritiva, havendo necessidade de o laudo ser anterior à operação, o que não ocorreu no caso. Outros têm o entendimento de que o laudo precisaria atender apenas a um critério de contemporaneidade baseado nos fatos a que se reporta, não no momento de sua confecção. Ainda que se admita que tal interpretação seja a correta, pelo princípio da eventualidade, no caso sob análise, o próprio laudo restringe seus objetivos, utilizações e a responsabilidade de quem o elaborou, não só pela questão temporal, mas também em função dos elementos nos quais se pautou. [grifei]

Apontamentos adicionais.

A fiscalização ainda aponta indícios de ausência de recolhimento de Imposto de Renda na fonte incidente sobre ganho de capital gerado na operação de aquisição, pela AAPM, da empresa CAPMR, que detinha investimento na impugnante e era detida pela entidade CENT-1-1-C, com sede no exterior.

De acordo com o relato do TVF: Verificando-se os montantes arrecadados em 2007, 2008 e mesmo 2009 por AAPM, percebe-se que não houve qualquer recolhimento significativo no código 0473 (ou outro qualquer) referente ao IRRF incidente sobre ganho de capital do sócio estrangeiro de CAPMR. Comisso, há indícios de que o ganho de capital referente à alienação de CAPMR não foi tributado e o valor pago foi integralmente remetido para o exterior. (...) Da maneira como foi desenhada a operação, com a aquisição indireta de participação em LLX-MR (e MMX-MR, que não é objeto desta análise), AAPM, na qualidade de adquirente formal, era responsável pelo recolhimento do IRRF incidente na operação.

Há evidências de que não o fez. Nesse tipo de operação com o exterior, em que o alienante espera receber um preço certo, o desconto do IRRF levaria a uma elevação do preço de transação, a fim de compensar o imposto retido. Ou seja, além de o grupo Anglo American ter se beneficiado pela falta de retenção do IR, estaria novamente sendo beneficiado pelo ágio gerado na operação. Embora isso não modifique a natureza do negócio (a efetiva retenção não modificaria o real adquirente, por exemplo), demonstra que a operação foi toda desenhada de maneira a proporcionar o aproveitamento do ágio de forma otimizada, e, talvez, até mesmo certa falta de boa-fé.

2) Da dedução de despesas de juros (“ativo diferido”) em duplicidade

Segundo o Termo de Verificação Fiscal, a partir de questionamento feito pela fiscalização acerca da rubrica “Outras Exclusões”, registrada no Lalur, o contribuinte esclareceu que parte dos valores que compunham essa rubrica decorria de amortização de despesas pré-operacionais incorridas pelo sujeito passivo, então classificada como ativo diferido. Entre 2015 e 2017, esses valores totalizaram, por ano, R\$ 80.115.339,96, resultante de amortização à razão de 1/120 por mês (ou seja, pelo prazo máximo de 10 anos), e seriam referentes ao ativo constituído na fase pré-operacional da empresa durante a construção de estruturas do Porto do Açú. A principal despesa ativada referia-se a juros capitalizados, e desde outubro de 2014, início da atividade operacional da empresa, esses valores estariam sendo amortizados de forma linear.

A composição do ativo diferido entre 2009 e setembro de 2014, bem como sua amortização a partir de outubro de 2014 até dezembro de 2017, são demonstradas pelo contribuinte em planilha intitulada “Doc 2” (Arquivo não paginável, anexado à fl. 419), aba “AMORTIZAÇÃO DO DIFERIDO”.

Conforme relatado pela autoridade fiscal, a partir da análise da documentação disponível é possível perceber que a maior parte do valor amortizável a partir do início da operação da empresa está sob a rubrica “Juros Capitalizados”, conta do ativo. Essa conta foi sendo debitada no período pré-operacional e chegou ao valor total de R\$ 601.137.705,22, decorrente de juros sobre mútuos incorridos durante o período pré-operacional, segundo esclarecimentos do sujeito passivo. A própria autoridade fiscal reconhece que tal procedimento foi realizado em conformidade com as normas contábeis vigentes (notadamente, o Pronunciamento Técnico CPC 20 – Custos de Empréstimo) e ressalta que o tratamento fiscal adotado pela fiscalizada é que passa a ser questionado.

A autoridade tributária reproduz o tratamento estabelecido pela Lei 12.973/2014, que adicionou ao art. 17 do Decreto-Lei 1.598/1977 o parágrafo 1º e a alínea b), e o parágrafo 3º, conforme abaixo: Nesse sentido, a fiscalização explica que, segundo planilha apresentada pelo sujeito passivo (Resposta Item 01, arquivo não paginável anexado à fl. 665), à exceção de um lançamento, os valores que constituíram a conta “Juros Capitalizados” foram objeto de lançamentos com contrapartidas feitas em contas de resultado (contas 4201010012 e 4201010011 -

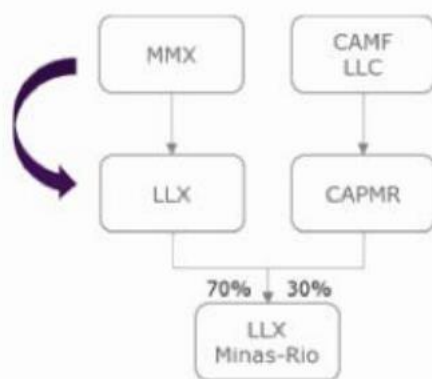
“juros sobre mútuo” e “IOF”, respectivamente). Essas contrapartidas teriam sido, no entanto, anuladas, por meio de lançamento a crédito daquelas contas de despesa e a débito da conta do ativo “Juros Capitalizados”, conforme estaria demonstrado no documento intitulado Razão – Juros Sobre Mútuo (fls. 682 a 695), extraído da ECD e entregue pelo próprio contribuinte, não produzindo, portanto, efeito no resultado contábil. Por conta disso, a fiscalização sustenta o seguinte: Tal procedimento deixa claro que a fiscalizada não optou pela alternativa ditada pelo parágrafo 3º acima reproduzido. Restando, desta forma, a opção por “ativar” estas despesas, ou seja, tais gastos não impactaram o resultado do exercício, mas sim formaram parte do ativo da empresa, sendo tais gastos alocados na conta “Juros Capitalizados” até a entrada em operação da mesma. A partir deste momento, outubro de 2014, como pode ser constatado na ECD, a conta de resultado Juros sobre Mútuo não é mais creditada e só a partir deste instante passa a impactar o resultado contábil da empresa. A autoridade fiscal também reporta que, a partir do início da operação da empresa, é efetuado lançamento contábil de forma a reclassificar os valores da conta “Juros Capitalizados” em outras contas do ativo Imobilizado, conforme depreende-se do documento Razão - 2014 – Reclassificação Diferido (fl. 696). No TVF, a fiscalização destaca os débitos e créditos do lançamento efetuado em 31/10/2014 reproduzidos abaixo, e explica o seguinte: Através deste lançamento contábil, a conta Juros Capitalizados é zerada em contrapartida a três outras contas do Ativo que incorporam, através de rateio, suas participações nos juros, de forma que, a partir da entrada em operação da empresa, sofram o processo usual de depreciação/amortização seguindo as regras contábeis e fiscais. Por fim, a fiscalização relata ter verificado, ao analisar a Escrituração Contábil Digital (ECD) dos anos-calendário 2015, 2016 e 2017, que as contas do ativo Imobilizado acima referidas foram depreciadas regularmente (conforme documentos às fls. 697 a 1006), e que tais valores a título de depreciação transitaram pelo resultado contábil da empresa e afetaram a apuração do IRPJ e da CSLL, tendo em vista não ter sido realizada nenhuma adição correlata. Nesse sentido, a infração constatada pela fiscalização consiste no fato de que, apesar dos juros capitalizados terem integrado o ativo imobilizado e passado a ser objeto de depreciação em 2014, a parte B do Lalur e do Lacs foi debitada em R\$ 601.137.705,22, por referência aos mesmos Juros Capitalizados. Esse valor passou, então, a ser excluído na parte A dos livros mencionados, a título de “Outras Exclusões”, à razão de 1/120 ao mês (prazo de 10 anos). Portanto, segundo a autoridade fiscal, “este procedimento configura a redução das bases tributárias de IRPJ e CSLL em duplicidade, visto que a fiscalizada está depreciando o imobilizado que inclui em seu valor contábil os juros capitalizados e, ao mesmo tempo, está lançando uma exclusão nos livros fiscais de uma suposta amortização destes mesmos valores”.

Assim, com relação ao período fiscalizado (anos-calendário 2015, 2016 e 2017), teriam sido deduzidos da apuração do IRPJ e da CSLL, em duplicidade, os valores de R\$ 50.094.808,77 (R\$ 601.137.705,22 / 120 x 10).

II. DA IMPUGNAÇÃO

Em sua peça de defesa, apresentada em 16/12/2020 (fls. 1090 a 1200), o contribuinte se defende das alegações da fiscalização conforme descrito a seguir.

1) Da indedutibilidade da amortização do ágio. A impugnante inicia sua defesa com relação a este ponto explicando como ocorreram as operações societárias que deram origem ao ágio em discussão e aos valores que passaram a ser amortizados para fins fiscais. A estrutura societária apresentada como ponto de partida para as operações posteriores que deram origem ao nascimento e amortização do ágio que se dá a partir da integralização de capital da LLX pela MMX por meio de ações da LLX Minas-Rio (como era chamada a impugnante à época) em 13/05/2007, como demonstrado a seguir:



Todas as empresas eram ligadas ao grupo EBX, comandado pelo empresário Eike Batista (que hoje, segundo a impugnante, não possui mais qualquer tipo de relação com a Ferroport, após a venda de sua participação em 2013).

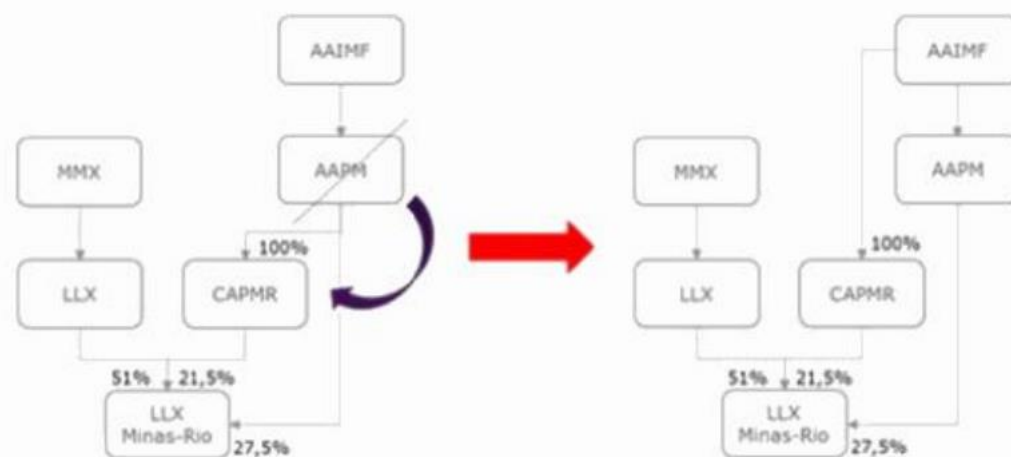
A CAMF LLC (Cenennial Asset Mining Fund LLC) consistia em um fundo, constituído nos Estados Unidos, que detinha participação na CAPMR (Centennial Asset Participações Minas-Rio SA). A impugnante prossegue, explicando que o Grupo EBX e o Grupo Anglo American iniciaram tratativas de negociação para venda de participação na LLX Minas-Rio, de maneira que a AAPM (Anglo American Participações em Mineração Ltda), empresa do Grupo Anglo American, passasse a deter 49% da LLX Minas-Rio.

Assim, em julho de 2007, foi formalizada a venda das ações da CAPMR à AAPM pelo valor de R\$ 1.317.336.806,44, liquidada em 18/07/2007. A impugnante explica que apenas a parcela de R\$ 161.719.096,44 do valor total da aquisição correspondia à aquisição, com ágio, da participação na LLX Minas-Rio, em razão de a CAPMR deter outros ativos, além da participação nessa empresa. A fiscalizada afirma que a AAPM participou diretamente da operação societária em questão, e para demonstrar tal afirmação, reproduz excertos do Share Purchase Agreement celebrado entre as partes envolvidas no negócio, bem como do Comunicado ao Mercado CAPMR, em que consta referência à AAPM como compradora das ações detidas pela CAPMR. Conforme as negociações

anteriormente celebradas, no mesmo dia 18/07/2007, a impugnante emitiu novas ações, subscritas e integralizadas pela AAPM pelo valor de R\$ 335.338.787,60.

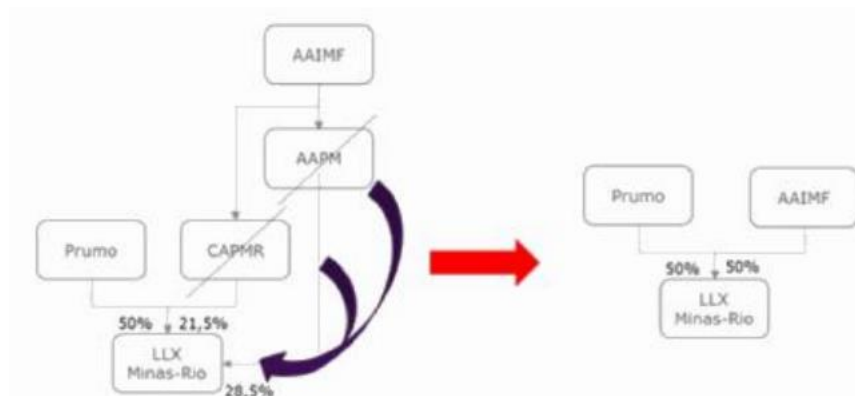
Do valor total pago, R\$ 91.196.243,07 referia-se ao patrimônio líquido correspondente à participação adquirida pela AAPM de 27,14% no capital da LLX Minas-Rio, sendo o restante, R\$ 244.142.544,53, ágio registrado. Após essa operação, a AAPM passa, então, a deter 49% de participação na LLX Minas-Rio, resultando na seguinte estrutura: (...)

Cabe notar que a AAPM era detida por outra sociedade brasileira, a AAIMF (Anglo American Investimentos – Minério de Ferro Ltda.). A impugnante explica, então, que a AAPM teria passado, em 05/12/2008, por uma reorganização societária com o intuito de simplificação suas operações [sic], objetivando uma estrutura societária de holding mais eficiente para os investimentos em minério de ferro do Grupo Anglo American no Brasil. Por isso, a reestruturação acabou por culminar na detenção de participação direta na Ferroport (então LLX Minas-Rio) por aquele grupo. Segundo a fiscalizada, era natural a reorganização destes investimentos após a aquisição, até porque as participações nas investidas eram divididas com terceiras empresas. Por esse motivo, foi realizada a cisão da parcela do patrimônio líquido da AAPM correspondente à sua participação na CAPMR (adquirida com ágio), com subsequente versão da parte cindida para a própria CAPMR, ficando a controladora da AAPM, a AAIMF, como controladora direta da CAPMR, conforme figura abaixo: (...)



A fiscalizada aponta que, posteriormente, em 2014, operou-se nova “reorganização e simplificação da estrutura”, por meio da incorporação integral da CAPMR pela LLX Minas-Rio e da cisão parcial da AAPM, que teve a parte cindida equivalente à sua participação no patrimônio líquido da LLX Minas-Rio também incorporada por essa empresa. Ao final, a parcela de ágio referente às participações na LLX Minas-Rio anteriormente detidas direta e indiretamente pela AAPM passaram a fazer parte do patrimônio da impugnante. A fiscalizada

reproduz a figura abaixo para demonstrar a estrutura final resultante da reorganização explicada:



Esclarece-se que Prumo (Prumo Logística SA) é a denominação atual da empresa denominada anteriormente de LLX (LLX Logística SA).

Assim, a impugnante reforça que apenas quase 6 (seis anos) após o início da reorganização societária em questão, iniciado em 2007, o ágio destacado acima passou a ser contabilizado na Impugnante (atualmente denominada Ferroport). Além disso, relata que o grupo Anglo American adquiriu do Grupo EBX outro investimento no Brasil, mantido sob propriedade da MMX MR, e que esta outra aquisição, realizada pela AAPM, também serve para demonstrar a total substância econômica e potência do investimento realizado pela AAPM, empresa da Anglo American no Brasil que realizou a prospecção, negociação e aquisição dos investimentos, e que futuramente foi cindida para que os diferentes ativos fossem separados. Nesse sentido, sustenta que foi a AAPM quem realizou os investimentos, e que esta contou com fontes de financiamento, incluindo os aportes do exterior, mas que tal fato não invalida, é claro, que havia razões para a estruturação e reorganização posterior das participações.

Quanto à parcela do ágio decorrente da subscrição de ações diretamente pela AAPM na 1-1-X MinasRio, ocorrida em 18/07/2007, a impugnante explica o seguinte: (...) tendo em vista que o valor contábil da participação da AAPM no aumento de capital era de R\$ 91.196.243,07 (27,14% da participação societária da Impugnante), a diferença positiva entre o valor efetivamente pago (R\$ 335.338.787,60) e o valor contábil da participação, equivalente a R\$ 244.142.544,53, poderia ser registrada como ágio fundamentado com base em expectativa de rentabilidade futura para fins contábeis.

59. No entanto, de acordo com o laudo de avaliação elaborado por auditores especializados em janeiro de 2008 (Doc. 11 – Laudo KPMG)]6, o valor econômico-financeiro do investimento (valor justo) na Impugnante seria de apenas US\$ 118.000.000,00, equivalente a R\$ 207.680.000,00 na data da operação7, valor inferior aos R\$ 244.142.544,53, mencionados acima. 60. Em razão de o laudo ter apontado uma avaliação menor que o valor efetivamente desembolsado, apenas a diferença positiva verificada entre (i) o valor econômico-financeiro identificado

no laudo (R\$ 207.680.000,00) e (ii) o valor contábil da participação por proporção do patrimônio líquido da investida (R\$ 91.196.243,07) foi registrada como ágio por expectativa de rentabilidade futura na contabilidade da AAPM, equivalente a R\$ 116.483.756,93.

62. Dito de outra forma, visando atender da melhor forma possível os ditames da legislação tributária, a Impugnante contratou laudo de reconhecida auditoria independente (KPMG), a qual auditou os números de formação do ágio em questão e apresentou uma perspectiva de rentabilidade futura menor do que o preço pago pela Impugnante, fazendo com que a Impugnante (em clara boa-fé) escriturasse apenas o ágio reconhecido no laudo em questão, desprezando parte relevante do total pago.

63. O desprezo de saldo relevante do custo de aquisição do investimento, claramente, demonstra a intenção da Impugnante de seguir, de forma conservadora, o regramento fiscal e contábil que regulamentava a matéria. Com relação à outra parcela do ágio questionada pela fiscalização, originada mediante aquisição de CAPMR, a qual, por sua vez, detinha participação na impugnante, a peça de defesa argumenta o seguinte:

66. Sobre este ponto, ao elaborar o laudo de avaliação do valor econômico-financeiro do investimento na CAPMR (sociedade adquirida pela AAPM), a KPMG identificou o valor total de US\$ 782.000.000,00, dos quais apenas US\$ 96.000.000,00 (12,28%) corresponderiam ao investimento na Impugnante, equivalentes a R\$ 168.960.000,00 na data da operação (Doc. 11 – Laudo KPMG 2014 e Doc. 12 – Laudo KPMG 2008).

67. Contudo, diferentemente do ocorrido na primeira parcela do ágio, o valor apurado pela auditoria foi superior ao desembolso efetivo. Assim, conservadoramente, a AAPM optou por considerar como ágio “amortizável” apenas o valor proporcional efetivamente pago, (...)

68. Com efeito, o ágio aproveitado nessa operação foi calculado de forma proporcional ao valor do investimento na Impugnante efetivamente pago pela AAPM na aquisição de 100% do capital da CAPMR (ou seja, 12,28% de R\$ 1.317.336.806,44 – o que é equivalente a R\$ 161.719.096,44). O restante do valor da apuração da auditoria e o saldo da aquisição que não era proporcional à aquisição do investimento na LLX Minas-Rio foram “desconsiderados”, para fins de apuração do ágio na Impugnante.

69. Essa postura conservadora adotada pela Impugnante reforça o pleno amparo na realidade e na perspectiva econômica da transação. Assim, em resumo, empreendidas as reorganizações societárias anteriormente descritas, a impugnante passou a registrar ágio no valor de R\$ 116.483.756,93, relativamente a subscrição e integralização de ações da impugnante pela AAPM, e ágio no valor de R\$ 161.719.096,44, decorrente da aquisição da CAPMR, que detinha participação na impugnante, pela AAPM, totalizando R\$ 278.202.853,37, sendo

tais valores baseados na perspectiva de rentabilidade futura, ratificada pelo laudo emitido pela auditoria especializada.

a) Da decadência do direito de questionar a formação do ágio amortizado

Em sede preliminar, a impugnante afirma que o crédito tributário em discussão se encontra extinto, nos termos do art. 156, V, do CTN, tendo em vista que o direito de a D. Fiscalização questionar a formação do ágio amortizado pela Impugnante já se encontrava decaído no momento da lavratura dos Autos de Infração. O sujeito passivo firma esse posicionamento da seguinte forma:

85. No caso dos autos, estamos diante de exigência de IRPJ e CSLL, tributos sujeitos a lançamento por homologação, razão pela qual aplica-se o prazo de 5 (cinco) anos previsto no art. 150, 4º, do CTN. Aqui não há dúvida de que houve pagamento parcial dos tributos, eis que se demanda apenas o recolhimento de saldo complementar.

86. Em relação ao termo inicial, impõe lembrar que corresponde ao momento da ocorrência da operação que originou o ágio supostamente deduzido indevidamente.

87. Nesse sentido e, como adiantado, as duas parcelas de ágio questionadas surgiram no ano-calendário de 2007, com a aquisição pela AAPM das ações da CAPMR e da Impugnante.

88. Assim, novamente considerando que o IRPJ e a CSLL são tributos sujeitos a lançamento por homologação, o termo final para constituição de crédito a eles relativos se encerrou em 2012.

89. Por outro lado, fato é que o ágio estava destacado, desde as operações de aquisição, na contabilidade das empresas envolvidas – declarações estas que também são objeto de fiscalização e homologação, ainda que em caráter tácito, em função do escoamento do prazo para seu questionamento. (...)

90. Ora, se a Autoridade Fiscal teve conhecimento do registro do ágio por meio das declarações referentes ao ano 2008 e seguintes, por que aguardar o início da dedução fiscal para indicar que possui entendimento divergente daquele adotado pelo contribuinte? Assim, a impugnante reafirma que as duas parcelas de ágio questionadas, por terem surgido em 2007, com a aquisição pela AAPM das ações da CAPMR e da própria impugnante, não mais poderiam ser objeto de constituição de crédito tributário relativamente ao IRPJ e à CSLL após o ano de 2012. Por isso, defende o sujeito passivo que o lançamento em discussão teria sido efetuado após encerrado o prazo decadencial, posto que lavrado em 2020.

b) Da falta de confusão patrimonial entre investidora e investida

A impugnante sustenta que a fiscalização reconheceu a existência de ágio passível de amortização, tendo em vista relatar, no Termo de Verificação Fiscal, não se tratar de ágio interno ou que não tenha sido efetivamente pago, mas condicionou a validade dos efeitos fiscais de sua amortização à utilização ou não da chamada

“empresa-veículo”. Dessa maneira, entende que a autoridade fiscal passou a analisar as operações societárias realizadas para verificar o cumprimento deste requisito adicional criado pelo entendimento da Fiscalização (sequer previsto em lei, com a devida vênia). [grifo no original] Inicialmente, o sujeito passivo passa a se defender do entendimento adotado pela autoridade fiscal de que a empresa que de fato teria assumido as obrigações envolvidas nas operações societárias ocorridas seria a AIOI, e não a AAPM, a partir de argumentação pela impossibilidade de a administração tributária vedar a dedutibilidade pretendida com base na forma como foi adquirido o investimento com ágio. Vejamos:

130. No presente caso, todos os atos jurídicos praticados são lícitos e válidos, tendo obedecido às formalidades legais e sido registrados perante os órgãos competentes, de modo a lhes conferir a devida publicidade e eficácia. Ainda que pareça desnecessário dizer, a AAPM é uma entidade jurídica, sujeito de direitos autônomo e reconhecida perante o direito brasileiro.

131. A AAPM teve seus atos constitutivos devidamente registrados e publicados, tendo a empresa efetivamente exercido seu objeto social na aquisição e detenção dos investimentos ora discutidos, tendo efetuado toda a negociação, gestão e movimentação de recursos financeiros necessários à quitação das obrigações atreladas às aquisições e assumidas em nome próprio, além de posterior gestão do investimento.

132. Ademais, a empresa permanece exercendo sua atividade de holding brasileira dos investimentos da Anglo American há mais de uma década. É uma empresa absolutamente legítima e até hoje ativa nos sistemas pertinentes (Junta Comercial e Fazendas Estaduais e Federal): (...)

133. Aqui já temos uma questão interessante: apenas pelo fato de a AAPM ter objeto social de uma holding, destinada a agregar e gerir recursos financeiros para investimentos em outras entidades, significa que esta empresa não existe? Ou não assumiria ela em nome próprio e de forma válida suas obrigações jurídicas? Não possuiria esta entidade balanço, registros formais, responsabilidade de diretores, dívidas e créditos perante terceiros e acionistas? Para a Fiscalização, aparentemente, não.

134. (...) Uma importante premissa de investimentos estrangeiros no Brasil, que foi ignorada nos presentes autos, é no sentido de que a aquisição de participações societárias por grupos empresariais pressupõe, como regra, alguma forma de financiamento, seja ele aporte de capital ou empréstimo, podendo este último ser obtido junto ao próprio grupo econômico ou junto a terceiros.

135. No caso em tela, decidiu-se por efetuar a aquisição por meio de aporte de capital, por ser essa a alternativa mais eficiente (e barata – pois não há o pagamento de juros). E, claro, por haver recursos disponíveis entre as empresas do grupo no exterior.

136. Mas, no entender da Fiscalização, deveria a AAPM ter se endividado com a contratação de um empréstimo (com pagamento de juros) apenas para que fosse a “real adquirente” do investimento. Ou seja, se a AAPM fosse uma holding e tomasse empréstimos para a aquisição (dívida perante bancos), a AAPM seria uma empresa “real”; mas como tomou recursos sob a forma de capital (dívida perante sócios), a AAPM seria uma empresa “fictícia” (!). 137. (...) Seguir esse raciocínio implica dizer, no limite, que se a AAPM não recebesse aporte de seus controladores, mas tivesse obtido financiamento junto a terceiros, então esses terceiros é que seriam os “reais adquirentes” do investimento (o que não faz sentido algum, com todo o respeito ao trabalho da D. Fiscalização). (...)

141. Na prática, o raciocínio do Agente Fiscal efetivamente veda qualquer possibilidade de amortização do ágio apurado em operações envolvendo aporte de capital de empresa estrangeira, a qual adquire participação em uma empresa brasileira, o que de nenhuma maneira está previsto em lei.

142. Claro, porque se a Fiscalização desconsidera o ágio de qualquer aquisição apenas porque a empresa adquirente tem a participação e gestão de ativos em seu objeto social (holding), então apenas uma empresa com atividade mercantil ou industrial poderia ensejar aquisição “válida” para aproveitamento fiscal de ágio. (...)

146. Superada a questão da possibilidade ou não da utilização de recursos com origem no exterior, tampouco poder-se-ia afirmar, como pretende fazer a D. Fiscalização, que a AAPM é despida de propósito negocial, considerando que sua utilização foi imprescindível no contexto das operações societárias realizadas pelo Grupo Anglo American para consolidação dos seus investimentos no Brasil. Em seguida, o contribuinte passa a discorrer sobre a efetiva atuação e participação da AAPM nos negócios que deram origem ao ágio amortizado. Vejamos:

147. Com efeito, à época das operações que originaram o ágio em questão, o Grupo Anglo American, com sede no Reino Unido e um dos mais importantes grupos do segmento de mineração do mundo, buscava expandir seus negócios e consolidar sua posição no setor brasileiro de mineração e, em particular, no setor de extração e exportação do minério de ferro. Nesse cenário, a empresa se viu diante da oportunidade de ingressar em projeto de grande magnitude no país, cuja produção esperada era de 26,6 milhões de toneladas por ano.

148. Assim, a aquisição do controle do Projeto Minas-Rio, do qual a Impugnante era parte primordial, representava importante etapa no projeto do Grupo Anglo American de se consolidar como uma das maiores produtoras de minério de ferro do mundo. (...)

166. Como se verifica, portanto, o registro de capital estrangeiro com o objetivo de investimento no desenvolvimento de atividade econômica no Brasil deve ingressar no País conforme os ditames da Lei nº 4.131/62. Esse é o regime de investimento mais adequado para essa finalidade.

167. Nesse sentido, diante de imposições contratuais e regulatórias, fez mais sentido ainda ao Grupo Anglo American a realização da aquisição dos ativos negociados em bolsa de valores por meio de sua subsidiária brasileira (controlada sob o regime de investimento da Lei nº 4.131/62), a AAPM.

168. Ou seja, ao Grupo Anglo American foi imposto (por determinações contratuais do Grupo EBX e por questões regulatórias brasileiras) (i) que a aquisição da CAPMR fosse realizada no Brasil, em bolsa, em venda da participação antes detida pela sua acionista estrangeira como Investimento 2.689; e (ii) que, para tanto, fosse tal aquisição realizada por meio de empresa no Brasil, mantida pelo sócio estrangeiro por meio de Investimento 4.131. Frise-se: esta era a única forma admitida para transformar o antigo Investimento 2.689 da CAMF LLC em um Investimento 4.131 do Grupo Anglo.

169. Em suma, podemos afirmar categoricamente que a aquisição do investimento do Grupo Anglo American foi realizada pela AAPM por expressa necessidade regulamentar, sendo esta a forma correta de viabilização de seu investimento no Brasil. A partir deste momento, dá-se a constituição da AAPM, que passa a atuar ativamente na operação, assumindo em seu nome as obrigações ora em discussão. 170. Desse modo, a AAPM está longe de ser simples empresa-veículo, criada para mero aproveitamento do ágio: sem sua atuação direta, o investimento em tela sequer seria possível. Sua constituição foi imprescindível para a consolidação da estratégia do Grupo Anglo American no Brasil, assinou o SPA em 14/05/2007 com o CAMF LLC para a aquisição da totalidade das ações da CAPMR, assumiu todas as obrigações relacionadas à transação, realizou o pagamento do preço da aquisição, bem como efetuou aumento de capital na Impugnante, com a subscrição de novas ações.

171. Como se vê, diversamente do sugerido pela D. Fiscalização, a AAPM é muito mais do que mera empresa-veículo, criada para fins fiscais. Sua participação foi estritamente necessária para que a aquisição das ações da CAPMR fosse levada a cabo, de modo a consolidar a estratégia do Grupo Anglo American no Brasil. (...)

O contribuinte também se insurge quanto à vedação da dedutibilidade fiscal do ágio pela autoridade tributária sob o argumento de utilização de empresa-veículo, defendendo a ausência dessa restrição na legislação que rege a matéria. Sobre esse ponto, são reproduzidos os seguintes trechos da peça de defesa:

174. Em complemento ao acima exposto, a Lei nº 9.532/97 autorizava que a parcela do custo de aquisição correspondente ao ágio rentabilidade futura se transformasse em um ativo diferido da sociedade incorporadora, podendo, a partir da data de incorporação, ser deduzido para fins de apuração do IRPJ e da CSLL de forma gradual, sem fazer qualquer vedação à possibilidade dessa amortização quando a operação envolvesse a participação de empresa-veículo.

175. Ou seja, da leitura atenta da Lei nº 9.532/97 e do Decreto-lei nº 1.598/77 não é possível extrair a interpretação conferida pela D. Fiscalização de que a participação de empresa-veículo na aquisição de investimento por terceiros

independentes com efetivo pagamento do preço impediria o aproveitamento fiscal do ágio. Não há, inclusive, sequer menção a termos como “empresa-veículo” ou equivalente, bem como qualquer exceção ao aproveitamento fiscal.

183. Assim, não restam dúvidas sobre a plena possibilidade de aproveitamento fiscal do ágio quando há participação empresa-veículo na aquisição de investimento por terceiros independentes com efetivo pagamento do preço. 189. Não obstante, é de repisar que, no caso em tela, a aquisição do investimento (i) teve efetiva e legítima participação da AAPM, e que (ii) mesmo sua participação como “braço” do grupo exterior no Brasil era absolutamente necessária em função da estrutura imposta pelo vendedor e pela legislação nacional. Ou seja, em qualquer cenário a participação da AAPM não teve como único propósito o aproveitamento fiscal do ágio. [grifo no original] Por fim, o sujeito passivo argumenta pela impossibilidade de a autoridade fiscal desconsiderar os efeitos de operações societárias, em razão da falta de regulamentação legal do parágrafo único do artigo 116 do CTN. Segundo sua peça de defesa, não existe norma de competência que dê poder à D. Fiscalização para desconsiderar os efeitos de planejamento tributário por mera inexistência do chamado “propósito negocial”, tendo em vista que referido dispositivo, o qual admitiria, em tese, o afastamento dos efeitos fiscais alcançados em determinadas situações, ainda resta pendente de regulamentação por lei ordinária. Nesse sentido, reproduz doutrina tributária que entende que as autoridades administrativas não poderiam rever atos praticados pelos contribuintes fora das hipóteses expressamente previstas no art. 149 do CTN, e sustenta que no caso concreto, não houve sequer imputação de dolo, fraude ou simulação, que são as únicas hipóteses que o CTN permite a desqualificação de atos e negócios jurídicos executados. Dessa maneira, conclui:

206. Sendo assim, ainda que se imaginasse que AAPM tivesse sido constituída unicamente para adquirir a Impugnante e a CAPMR e ser incorporada para passar a amortizar o ágio, o quanto realizado representaria planejamento tributário legítimo, configurando direito subjetivo do contribuinte, fundamentado em garantias constitucionais como a propriedade privada (art. 59, XXII e 170, II), a livre iniciativa (arts. 19, IV e 170, parágrafo único), a livre concorrência (arts. 170, IV e parágrafo único) e a legalidade – em suas dimensões geral e tributária (arts. 59, II e 150, I).

207. Em suma, o Fisco, além de deturpar o conceito de “abuso de direito”, procura exigir tributos por meio da desconsideração de atos jurídicos realizados e sua requalificação para fins fiscais sem que exista norma jurídica que lhe atribua tal competência. 208. Por todo o exposto, não há como se conceber a tentativa da D. Fiscalização de caracterizar a AAPM como empresa-veículo e, ainda que se pudesse admitir sua caracterização, não há como se rejeitar a possibilidade de dedutibilidade da amortização do ágio

c) Do laudo técnico utilizado para fundamentar o ágio

Com relação aos questionamentos da autoridade fiscal relativamente ao laudo apresentado para fundamentar o ágio aproveitado, o contribuinte se defende da seguinte maneira: 210. Quanto ao ponto do escopo do laudo produzido, cabe breve esclarecimento de que a acusação fiscal não se sustenta, e em verdade não se compreende inteiramente. A Fiscalização tenta criar uma inconsistência de produção dos laudos, mas o que temos são considerações e limitações naturais de escopo, que são comuns em qualquer auditoria em situações similares. Tais “considerandos” são, em curtas palavras, simplesmente irrelevantes para o propósito que se questiona. Decorrem, meramente, de limitação natural de premissas do trabalho da auditoria. 211. Já no tocante à impossibilidade de amortização do ágio diante da ausência de laudo técnico contemporâneo às operações societárias, apontada acima, também não assiste razão à D. Fiscalização. 212. A Impugnante apresentou, em sede de fiscalização, laudo de avaliação emitido pela KPMG em 15/01/2014 (Doc. 11 – Laudo KPMG 2014) a partir das informações contidas em laudo anteriormente elaborado pela própria KPMG em janeiro de 2008 (Doc. 12 – Laudo KPMG 2008). A impugnante explica que o laudo datado de 2008, acostado aos autos em conjunto com a peça de defesa (fls. 1703 a 1762), não foi apresentado anteriormente em função de conter informações sigilosas relativas não só à operação da Impugnante, mas também em relação ao investimento feito pelo Grupo Anglo na aquisição da MMX MR. Por isso, esclarece que as informações relativas a esse outro investimento, relativo à aquisição da MMX MR, que não é objeto da autuação fiscal ora discutida, estão tarjadas no documento, de maneira a preservar a confidencialidade das informações sobre operações não constantes do processo, não apresentando qualquer prejuízo à análise desta I. Autoridade Fiscal. Não obstante, informa que uma versão do documento na íntegra consta dos autos do processo administrativo de nº 10976.720004/2020-96. O sujeito passivo, então, sustenta o seguinte:

216. Assim, não há dúvidas que o ágio em questão se encontra fundamentado em DOIS laudos: o primeiro elaborado em janeiro/2008 (poucos meses depois do início da operação societária) e o segundo em janeiro/2014. Também importante destacar que ambos os laudos convergem para os mesmos números em relação à rentabilidade futura da companhia.

217. Nesse sentido, o laudo de 15/01/2014 (Doc. 11) apresenta os mesmos valores do laudo de 2008, apenas consolidando as informações relativas à Impugnante (tendo em vista que a operação inicial compreendia a aquisição não apenas da Impugnante, mas também da MMX MR, conforme já mencionado), em nada alterando os valores e/ou conclusões relativos à Impugnante.

218. Em que pese a Impugnante tenha apresentado laudo de avaliação emitido pela KPMG, em que mensura o valor da rentabilidade futura, a D. Fiscalização desconsiderou o mesmo como documento hábil para atribuir o fundamento econômico do ágio, em função de ter sido elaborado e apresentado tardiamente – ainda que fazendo referência expressa ao laudo elaborado em janeiro de 2008.

219. Isto é, com base no laudo de 2014, a existência de laudo anterior – datado de 2008 – já era conhecida da D. Fiscalização. Contudo, em nenhum momento a Impugnante foi intimada a apresentar esse laudo mais antigo (tampouco se imaginava que a temporalidade do laudo de 2014 iria ser questionada pela D. Fiscalização, eis que não há tal obrigação legal). (...)

221. (...) o laudo de avaliação emitido pela KPMG em relação às operações societárias fora realizado em momento praticamente concomitante à operação (na prática, poucos meses depois), com base em dados e levantamentos internos realizados pela própria Impugnante no contexto e na data da operação, o que já seria suficiente para embasar a dedutibilidade da amortização do ágio e demonstrar a contemporaneidade do laudo.

222. Por outro lado, ainda que se examinasse o caso apenas à luz do laudo elaborado em 2014 (e também elaborado com referência aos dados e valores da operação de 2007), tampouco haveria fundamento para se afastar a dedutibilidade por suposta falha na demonstração do ágio.

223. Isso porque, a legislação à época estabelecia como única exigência a necessidade de um “demonstrativo” da fundamentação do ágio com expectativa de rentabilidade futura. Não havia qualquer definição/norma quanto (i) à forma e a formalização de tais demonstrativos; e (ii) ao exato momento de elaboração desse demonstrativo. (...)

232. Ou seja, fato é que não havia obrigatoriedade de emissão de laudo prévio ao reconhecimento do ágio antes das alterações promovidas pela Lei nº 12.973/14 e, ainda que aplicada as disposições da Lei nº 12.973/14 de forma retroativa ao caso analisado (o que se admite somente em hipótese), o laudo emitido em janeiro/2008 cumpriu o prazo legal de treze meses previsto nessa nova legislação.

233. Assim, por todos os prismas analisados (legislação vigente na época ou novas regras introduzidas com a Lei nº 12.973/14), o laudo emitido pela Impugnante em janeiro/2008 mostra-se suficiente e tempestivo para fundamentação do ágio objeto de questionamento pela Fiscalização. (...)

235. E veja-se que apesar de o documento ter sido emitido a posteriori (ainda que pouco tempo depois) o laudo deixa explícito que a data-base do laudo para efeitos de apuração do valor da rentabilidade futura foi o da própria data-base da aquisição do investimento (balanços da época), veja-se: A data base de avaliação foi 31 de julho de 2007, a data de avaliação identificada pela Anglo American. Utilizamos um balanço não auditado para a LLX Minas Rio em 31 de julho de 2007.28 (...)

239. Ademais, especialmente com respeito ao tempo da produção do dito laudo, há que destacar que a elaboração antes da própria operação, tal como exigido pelo Fisco, na maioria das vezes torna-se impossível, em razão da complexidade das operações de aquisição de empresas ou quando as empresas envolvidas (investidor e investidas) adotam critérios contábeis diferentes.

240. Nesses casos, há ajustes contábeis na empresa investida, com o propósito de alinhar os critérios contábeis entre as companhias, resultando assim, em alteração (aumento ou redução) no valor do ágio pago/apurado no momento da operação de aquisição.

241. Dessa forma, a posição da D. Fiscalização em exigir que o laudo que comprove a justificativa econômica do ágio teria que ter sido emitido anteriormente ou no exato momento da aquisição extrapola qualquer critério de razoabilidade e proporcionalidade, para não dizer ilegalidade dada a ausência de norma nesse sentido. O contribuinte ainda sustenta que ainda que não fosse aceito o laudo posterior, por supostamente ser extemporâneo, há de serem aceitos os demais documentos/estudos que atestam o ágio de rentabilidade futura, à época da operação. Dessa maneira, defende que em conjunto com o já exposto, que a comprovação / demonstração do ágio independe de sua forma ou prazo de apresentação, de modo que bastariam para tanto os estudos internos que avaliaram a expectativa de rentabilidade futura à época da operação, os quais foram ratificados pelo laudo elaborado pela KPGM. Para ratificar seu posicionamento, reproduz excerto do acórdão 1102-001.018, proferido pelo CARF em 2014, que dispõe que não há a exigência de que a comprovação se dê por laudo, mas por qualquer forma de demonstração, contemporânea aos fatos, que indique por que se decidiu por pagar um sobrepreço. Assim, conclui que não há que se falar em extemporaneidade do laudo elaborado pela KPGM, visto que houve estrita obediência à Lei nº 12.973/14, ainda que esta não fosse vigente à época dos fatos, de modo que resta inequívoca a comprovação do ágio. Apontamentos adicionais Quanto aos apontamentos da fiscalização com relação a uma suposta falta de pagamento de Imposto de Renda Retido na Fonte decorrente de ganho de capital devido na alienação da CAPMR à AAPM pela CAMF LLC, a impugnante argumenta o seguinte:

(...) a I. Fiscalização tenta, por meio dessa narrativa, criar um factóide a turvar o real objeto dessa autuação (a possibilidade – ou não – de aproveitamento do ágio em questão), sendo totalmente IRRELEVANTE para o caso os “indícios” mencionados pela Fiscalização. (...)

76. E mais, o tal ganho de capital foi apurado pela parte que alienou a participação (Grupo EBX / Eike Batista), não pela adquirente. Tais entidades e o respectivo Imposto de Renda eventualmente devido por elas não têm a mais remota relação com a presente discussão (relação jurídica, fática ou de responsabilidade). Cabe à D. Fiscalização, logo, buscar junto a estes terceiros o tributo que entende devido – se já não o fez.

77. De qualquer forma, vale repisar, o recolhimento do ganho de capital pelo alienante da participação que gerou o ágio não se confunde com o objeto dos lançamentos fiscais debatidos, sendo completamente irrelevantes ao caso.

2) Da dedução de despesas de juros (“ativo diferido”) em duplicidade

No que diz respeito a uma suposta exclusão em duplicidade de valores relativos a ativo diferido (juros capitalizados), a impugnante afirma não ter ocorrido tal fato, uma vez que foram realizados lançamentos contábeis (adições em Livro de Apuração do Lucro Real – “Lalur” e Livro de Apuração da Contribuição Social – “Lacs”) que neutralizaram o efeito apontado pela Fiscalização.

a) Contextualização

A título de contextualização, a impugnante explica que o art. 17 do Decreto-Lei 1.598/1977, em sua redação vigente à época da celebração dos empréstimos que deram origem aos juros capitalizados, previa que os juros de empréstimos contraídos para a aquisição ou construção de bens do então chamado ativo permanente poderiam ser registrados na conta Ativo Diferido e posteriormente amortizados. Reproduz-se abaixo o dispositivo mencionado: Art 17 - Os juros, o desconto, a correção monetária prefixada, o lucro na operação de reporte e o prêmio de resgate de títulos ou debêntures, ganhos pelo contribuinte, serão incluídos no lucro operacional e, quando derivados de operações ou títulos com vencimento posterior ao encerramento do exercício social, poderão ser rateados pelos períodos a que competirem. Parágrafo único - Os juros pagos ou incorridos pelo contribuinte são dedutíveis como custo ou despesa operacional, observadas as seguintes normas:]

a) os juros pagos antecipadamente, os descontos de títulos de crédito, a correção monetária prefixada e o deságio concedido na colocação de debêntures ou títulos de crédito deverão ser apropriados, pro rata tempore, nos exercícios sociais a que competirem;

b) os juros de empréstimos contraídos para financiar a aquisição ou construção de bens do ativo permanente, incorridos durante as fases de construção e pré-operacional, podem ser registrados no Ativo Diferido, para serem amortizados. [grifo no original] Assim, em conformidade com a referida previsão legal, a impugnante explica ter contabilizado, durante o período pré-operacional, o valor total de R\$ 801.153.399,34 na conta de Ativo Diferido, dos quais R\$ 601.137.705,22 relacionavam-se a juros decorrentes de empréstimo. Em razão da convergência das normas brasileiras às regras internacionais de contabilidade por meio da Lei 11.638/2007, a conta de ativo diferido até então prevista deixou de existir, e deu lugar à chamada Despesas Pré-Operacionais. Por outro lado, tendo em vista a instituição do Regime Tributário de Transição (por meio da Lei 11.941/2009), o ativo diferido continuou existindo para fins fiscais, e as diferenças entre as normas contábeis e a legislação tributária deveriam ser controladas. Com a Lei nº 12.973/2014 e sua adoção inicial, a diferença existente a título de ativo diferido entre a nova contabilidade societária e a contabilidade controlada no FCONT, caso negativa, poderia ser excluída em cada período de apuração, de acordo com o que seria amortizado nos termos das normas e critérios vigentes em 31 de dezembro de 2007, conforme legislação vigente à época³.

Assim, segundo o contribuinte, “para conciliar as normais contábeis atuais com as normas fiscais, a Impugnante reconheceu, na Parte B do Lalur, o montante integral a título de juros, a serem amortizados nos períodos subsequentes” e confirmou que os valores relativos à amortização que impactaram o período fiscalizado representam R\$ 5.009.480,88 ao mês. Feita a contextualização, o contribuinte reforça que a “própria I. Autoridade Fiscal não questiona (i) a origem e existência dos valores em questão, nem mesmo (ii) a necessidade de amortização nos termos da legislação de regência”, demonstrando que a impugnante teria cumprido com as disposições legais no tocante ao registro do ativo diferido e amortização de cotas mensais a partir do início de sua atividade operacional. Assim, a impugnante entende que o centro da discussão quanto à duplicidade da dedução fiscal reside na dedução da cota de depreciação do ativo imobilizado, e passa a discorrer sobre esse procedimento. Vejamos:

272. No entanto, ao contrário do que faz crer a D. Fiscalização, a Impugnante contabilizou o valor acima como ativo imobilizado tão somente para fins contábeis, posteriormente efetuando os ajustes necessários para neutralizar os efeitos decorrentes desse lançamento, de modo a excluir da base de cálculo do IRPJ e da CSLL apenas o valor relativo à amortização do ativo diferido, como detalhado acima. 273. Ou seja, de fato tais lançamentos foram realizados na contabilidade (o que leva a uma primeira conclusão de que tais despesas haveriam sido excluídas/amortizadas em duplicidade).

Contudo, a Impugnante realizou outros lançamentos em sua escrita fiscal (que não foram objeto de análise no TVF) com o objetivo de neutralizar a exclusão dupla mencionada pela Fiscalização para fins de apuração do IRPJ/CSLL.

274. Nesse contexto, conforme se verificará abaixo, a dita duplicidade invocada pela Fiscalização para fundamentar a presente autuação simplesmente não existe. A impugnante explica que, de fato, para fins contábeis, os juros incorridos na fase pré-operacional foram ativados e capitalizados em conta de ativo imobilizado, tendo em vista que tais juros foram incorridos para viabilizar a construção de determinados bens de seu ativo imobilizado. Nesse sentido, confirma que ao se observar seus registros contábeis, verifica-se que o saldo desses ativos passou a ser composto não só pelo valor de sua construção, mas também dos juros mencionados, e que tais ativos imobilizados de fato tiveram seu valor integral sujeito à depreciação.

277. Assim, o valor do ativo imobilizado em questão passou a ser registrado pelo valor total de R\$ 1.652.593.915,81, dos quais, (i) R\$ 838.436.849,64 eram relativos ao Ativo Quebra-Mar, (ii) R\$ 304.874.874,98 eram relativos ao Ativo Vias de Acesso-Mar e (iii) R\$ 509.282.191,19 eram relativos ao Ativo Pier – Terminal Portuário.

278. Seguindo as normas contábeis vigentes à época, a Impugnante considerou, dentro do valor de cada ativo destacado acima, a parcela relativa aos juros incorridos para sua formação. Assim, do valor total dos juros incorridos (R\$

601.137.705,22), 49% foi alocado no Ativo Quebra-Mar, 18% foi alocado no Ativo Vias de Acesso-Mar, e o percentual remanescente, de 33%, foi alocado no Ativo Pier – Terminal Portuário: (...) 279. Dito de outra forma, do valor total do ativo imobilizado (R\$ 1.652.593.915,81), R\$ 601.137.705,22 são relativos aos juros incorridos para a sua formação. 280. Sob a ótica contábil, o Pronunciamento Técnico do Comitê de Pronunciamentos Contábeis (“CPC”) nº 27 – ativo imobilizado, divulgado em 31/07/2009, dispõe que o valor depreciável de um ativo deve ser apropriado ao longo da sua vida útil estimada. Dado que a vida útil estimada dos bens acima é de 45 anos, a Impugnante tem reconhecido sistematicamente as quotas de depreciação dos bens com uma taxa aproximada de 2,22% ao ano (ou 1/540 avos ao mês): (...) O contribuinte esclarece, então, que havia dois procedimentos realizados por ele: i) amortização dos juros registrados no ativo diferido, pelo prazo de 10 anos, para fins fiscais⁴; e ii) e o art. 58, § 3ª da Lei nº 4.506/1964, determinavam a amortização do ativo diferido no prazo mínimo de 5 anos, contados a partir do início da operação; e o art. 183, § 3ª da Lei nº 6.404/1976, depreciação contábil dos juros capitalizados em ativo imobilizado, pelo prazo de 45 anos. Nesse sentido, passa a explicar como a depreciação dos juros capitalizados foi neutralizada para fins fiscais, de forma a não se incorrer em duplicidade de dedução. Sob a ótica fiscal, o contribuinte lembra que, conforme disposto no Anexo III da Instrução Normativa nº 1.700/17, para fins de depreciação, as edificações possuem vida útil estimada em 25 anos, sendo depreciadas, portanto, a uma taxa de 4% ao ano, ou 1/300 ao mês.

Dessa maneira, haveria um descasamento entre a depreciação para fins contábeis – prazo de 45 anos – e a depreciação para fins fiscais - prazo de 25 anos, o que ensejaria ajustes a título de exclusões/adições ao lucro líquido contábil para fins de observância da legislação tributária.

Nesse sentido, o a impugnante destaca os dois pontos de atenção que devem ser levados em conta para a neutralização da depreciação contábil: i) os prazos de depreciação fiscal e contábil são diferentes, como já observado; e ii) os ativos sujeitos à depreciação contábil incluem os valores de juros capitalizados, os quais já estavam sendo deduzidos da base de cálculo do IRPJ e da CSLL por meio da amortização do ativo diferido. Ou seja, tendo em vista esses parâmetros, o contribuinte conclui que: 285. Tendo em vista os parâmetros acima, as quotas de depreciação contábil devem ser neutralizadas, de modo que, a cada mês, a depreciação fiscal ocorra apenas sobre o valor do ativo sem os juros capitalizados, e considerando uma depreciação desta parcela em 25 anos – ou 4% ao ano. Essa neutralização, assim como todos os demais ajustes necessários sobre o lucro líquido, deve ser feita por meio do Lalur e do Lacs, que compõem a Escrituração Contábil Fiscal (“ECF”) entregue periodicamente pela Impugnante. 286. Assim, em um primeiro momento, de fato, os juros incorridos (e já amortizados via ativo diferido) parecem ser deduzidos do lucro fiscal, eis que são redutores do lucro contábil de onde parte a apuração fiscal. Contudo, novamente, tal aparente “duplicidade” apenas ocorre sob a ótica contábil, tendo em vista que a partir

deste registro contábil foram realizados novos lançamentos para se neutralizar essa depreciação dos juros na escrita fiscal.

287. Tal ponto poderia ter sido facilmente esclarecido para a I. Autoridade Fiscal, caso esta tivesse questionado este ponto à Impugnante.

288. No entanto, a I. Autoridade Fiscal apenas presumiu que, por ter somado o valor dos juros aos Ativos Imobilizados em questão, a Impugnante automaticamente teria apropriado, para fins fiscais, as quotas de depreciação sobre o valor total do ativo, o que absolutamente não procede. [grifos no original] Entretanto, antes de adentrar na demonstração de que teria realizado a neutralidade necessária, evitando, assim, a duplicidade de dedução apontada pela autoridade fiscal, a impugnante reivindica a nulidade do lançamento fiscal, “consubstanciada em glosa de dedução em saldo maior do que a justificativa apontada pelo TVF”, conforme descrito no tópico a seguir.

Por isso, a impugnante teria adotado o prazo de 10 anos para a realização da amortização dos valores do ativo diferido.

b) Da nulidade do lançamento fiscal

Segundo a peça de defesa, ainda que o sujeito passivo tivesse realizado a dedução em duplicidade, “a base de cálculo apontada pela apuração do lançamento fiscal não está condizente com as premissas adotadas pela própria Fiscalização” [grifo no original]. Nesse sentido, a impugnante argumenta o seguinte:

291. (...) se a imputação é realizar duas deduções, o correto à Fiscalização seria a desconsideração de apenas UMA delas. Mas qual? Como vimos, a alegação fiscal é de que supostamente houve dedução da base de cálculo do IRPJ/CSLL de dois valores: (i) amortização do ativo diferido, realizado em 10 anos (saldo de juros / 10 anos = R\$ 60.113.770,52/ano); e (ii) depreciação de juros no ativo imobilizado, realizado em 45 anos (saldo de juros / 45 anos = R\$ 13.358.615,67/ano) (tal como consta no demonstrativo contábil).

292. Contudo, ao compor a base de cálculo dos Autos de Infração, o I. Agente Fiscal muda de premissa, e passa a afirmar que “foram deduzidos em duplicidade, nos anos-calendário de 2015, 2016 e 2017, os valores de R\$ 50.094.808,77 (R\$ 601.137.705,22 / 120 x 10)”. Assim, a base dos lançamentos fiscais foi o valor de R\$ 50 milhões por ano, apontado acima. Mas, veja-se, data vênia, este valor não faz sentido algum, e não segue a lógica apontada pela própria fiscalização (!).

293. Note-se que este valor (aprox. R\$ 50 milhões ao ano) resulta do saldo de juros total (aprox. R\$ 600 milhões) dividido por 120 e multiplicado por 10. Mas qual seria o fundamento desta apuração? 294. Em mera especulação, talvez quisesse o I. Agente Fiscal ter glosado o valor relativo à amortização do ativo diferido, que foi realizada em 10 anos, colhendo-se todos os meses em que foi realizada a dedução em cada exercício autuado (2015, 2016 e 2017). Mas, neste caso, o cálculo do saldo a glosar seria de R\$ 60.113.770,52 (R\$ 601.137.705,22 / 120 x 12), e não de R\$ 50.094.808,77. 295. Ou seja, fato é que não se consegue

entender qual a premissa empregada pela D. Fiscalização para a apuração da base autuada, o que certamente consiste em nulidade. A impugnante alega, ainda, que mesmo que fosse possível entender o racional empregado pela fiscalização para se chegar ao valor glosado, a autoridade fiscal teria efetuado uma glosa em valor maior do que a duplicidade que alega ter ocorrido. Nos termos de sua peça de defesa, 298. (...) se havia duas formas deduções possíveis, e apenas uma estava equivocada (em duplicidade), então necessariamente o contribuinte tinha permissão legal para a realização de dedução do maior valor (tinha o direito a uma entre ambas, mas o direito à maior engloba o direito à menor). A dedução incorreta, ou sem base legal, pois, é apenas o valor que sobeja o saldo da maior dedução passível de ser feita, o que no caso da alegação fiscal seria a dedução menor, ou a suposta concessão de efeito fiscal à depreciação contábil da conta de ativo imobilizado.

299. Saldo este que, como vimos, atinge a quota anual de apenas R\$ 13.358.615,67/ano (saldo de juros / 45 anos), e não R\$ 50.094.808,77, confira-se:

<i>Juros Capitalizados:</i>	<i>R\$ 601.137.705,00</i>
<i>(/) Vida útil contábil (em anos):</i>	<i>45</i>
<i>(=) Depreciação total ao ano:</i>	<i>R\$ 13.358.615,67</i>

300. Sendo assim, se a legislação permite expressamente a dedução do saldo de amortização do ativo diferido (R\$ 60.113.770,52 / ano), então apenas haverá dedução indevida se houver dedução maior que este valor. E, segundo a lógica do TVF, esta duplicidade ou dedução indevida seria igual à quota de depreciação contábil (acima) – em hipótese alguma há dedução em duplicidade do valor de R\$ 50.094.808,77. [grifo no original]

Portanto, a impugnante defende a nulidade do lançamento fiscal, por considerá-lo incoerente com o fundamento apresentado no Termo de Verificação Fiscal e por entender que o valor máximo da glosa pretendida pela atuação somente poderia consistir no valor da cota anual de depreciação, de R\$ 13.358.615,57, e não de R\$ 50.094.808,77, como efetuado pela fiscalização.

O sujeito passivo ainda sustenta que os Autos de Infração consideram apenas parte dos lançamentos realizados pela empresa, “sem apresentar reais evidências de uma exclusão em duplicidade – ou seja, da dedução do valor dos juros, em montante equivalente, tanto como amortização do ativo diferido, quanto como depreciação do ativo imobilizado”, e que para que a autuação estivesse correta seria necessário que a impugnante tivesse reconhecido duas vezes, em cada período de apuração, uma exclusão no valor de 50 milhões de reais, “o que não restou comprovado e sequer faz sentido, de acordo com as premissas ora verificadas”. O contribuinte ainda sustenta que não se trataria de erro sanável, “considerando que a apuração incorreta do tributo levaria à maculação integral

dos lançamentos combatidos” [grifo no original]. Para suportar seu entendimento, referencia o art. 142 do Código Tributário Nacional e o art. 116 do Decreto nº 70.235/1972, considerando-os “claríssimos ao apontar que o cálculo e definição do crédito tributário constituem parte essencial do lançamento fiscal, sem o que o respectivo ato será nulo”, bem como Acórdãos proferidos pelo CARF em favor da declaração de nulidade de lançamentos efetuados com erro.

O sujeito passivo também enfatiza que, no curso do procedimento fiscal, não teriam sido requeridos pela autoridade lançadora quaisquer documentos ou esclarecimentos relativamente à depreciação do ativo imobilizado e à neutralização dos juros capitalizados, o que, segundo ele, seria “informação absolutamente essencial, haja vista sua direta relação com a exclusão questionada e sobre a qual foram lavrados os Autos de Infração”. Dessa maneira, a impugnante conclui que o lançamento fiscal recorrido é nulo, “eis que não identifica corretamente a base de cálculo dos tributos em questão, sendo incoerente perante a fundamentação abordada no TVF, e sequer permitindo à Impugnante a verificação de sua origem e exercício de seu direito de defesa” [grifo no original], sustentando, no mesmo sentido, terem sido violados “princípios como a legalidade, o contraditório e ampla defesa, a não-surpresa tributária, a proteção da confiança e a motivação dos atos administrados.

c) Do mérito – neutralização dos efeitos contábeis dos lançamentos

Em caráter subsidiário, caso não sejam acolhidos os argumentos pela nulidade dos Autos de Infração, a Impugnante passa a discorrer sobre como teria neutralizado, para fins fiscais, a parcela relativa à depreciação dos juros integrantes do ativo imobilizado, de maneira a evitar a duplicidade de dedução alegada pela fiscalização, reconhecendo apenas a dedução dos juros como amortização do ativo diferido, nos termos autorizados pela legislação. Em sua peça de defesa, o contribuinte explica os procedimentos adotados para a referida neutralização conforme a seguir:

316. Sob a ótica contábil, a Impugnante reconheceu inicialmente o valor de R\$ 1.652.593.915,81 como parte do ativo imobilizado (Quebra-Mar, Vias de AcessoMar, e Pier– Terminal Portuário), dos quais R\$ 601.137.705,22 referiam-se aos juros incorridos para a sua formação.

317. Considerando o valor total do ativo (R\$ 1.652.593.915,81), em razão de a vida útil estimada para tais bens ser de 45 anos, a Impugnante apropriou, para fins contábeis, o valor total do ativo em uma taxa de 0,185% ao mês (ou R\$ 3.060.359,10).

318. Por sua vez, a taxa de depreciação fiscal para o mesmo bem é 0,333% ao mês – 4% ao ano (ou R\$ 5.508.646,39 ao mês). Expurgado o valor dos juros capitalizados, esta é a depreciação de que deve ser deduzida da apuração fiscal. Os valores depreciados podem ser verificados na planilha de controle da Impugnante (Doc. 18 – Diferença de depreciação fiscal).

319. Para tanto, para se chegar à correta base para apuração dos tributos, seguia-se um passo a passo de modo a demonstrar claramente o procedimento adotado: primeiro era neutralizada a depreciação fiscal (adição à base fiscal do saldo depreciado contabilmente), seguida de exclusão da depreciação fiscal, seguida de nova adição da parcela relativa aos juros. O processo pode ser resumido da seguinte forma:

1ª Passo - neutralização da depreciação contábil: o saldo integral do ativo imobilizado em questão, depreciado contabilmente, é adicionado ao lucro líquido (R\$ 1.652.593.915,81 / 45 anos);

2ª Passo – depreciação fiscal: o saldo integral relativo à depreciação para fins fiscais, é excluído do lucro líquido (R\$ 1.652.593.915,81 / 25 anos); e

3ª Passo - neutralização da dedução de juros em duplicidade: mediante a adição, ao lucro líquido, do saldo verificado pela aplicação das taxas de depreciação contábil fiscal sobre o valor dos juros capitalizados (R\$ 601.137.705,22 / 45 anos. Desse modo, o valor adicionado era de R\$ 1.113.217,97 ao mês (ou seja, o valor total dos juros R\$ 601.137.705,22 dividido pela taxa de 0,1852% ao mês).

320. Abaixo, confira-se um exemplo de cálculo considerando os passos acima:

1º Passo: adição da depreciação contábil sobre o valor total do ativo	
Valor total do ativo:	R\$ 1.652.593.915,81
(*) Tx depreciação contábil:	0,1852%
(=) Valor adicionado ao lucro líquido:	R\$ 3.060.359,10
2º Passo: exclusão da quota de depreciação para fins fiscais	
Valor total do ativo:	R\$ 1.652.593.915,81
(*) Tx depreciação fiscal:	0,3333%
(=) Valor excluído do lucro líquido:	R\$ 5.508.646,39
3º Passo: adição da quota de depreciação dos juros	
Saldo dos juros:	R\$ 601.137.705,22
(*) Tx depreciação contábil:	0,1852%
(=) Valor adicionado ao lucro líquido:	R\$ 1.113.217,97

No entanto, a impugnante reconhece que, para a correta e completa neutralização da parcela de juros deduzida de maneira embutida na depreciação do ativo imobilizado, deveria ter sido adotada a vida útil estimada pela legislação tributária (25 anos), e não a vida útil estimada para fins contábeis (45 anos), já que, conforme verifica-se no 2º Passo, exclui-se da base de cálculo do IRPJ e da CSLL o valor da depreciação fiscal, calculada com base no prazo de 25 anos. Ou seja, tomando por base o mesmo exemplo acima, o valor a ser adicionado ao lucro líquido resultante do 3º Passo seria de R\$ 2.003.792,35 (ou seja, aplicação da taxa de depreciação fiscal de 0,3333% sobre o montante de R\$ 601.137.705,22).

Assim, o contribuinte reconhece, em sua peça de defesa, ter se equivocado na forma adotada previamente para neutralizar a depreciação dos juros constantes do ativo imobilizado e apura haver uma diferença de R\$ 890.574,38 ao mês8 (ou

R\$ 10.686.892,54 ao ano) que teria deixado de ser neutralizada. Tais valores são demonstrados em planilha10 apresentada no “Doc 19”, arquivo não-paginável anexado à fl. 1982.

Nesse sentido, ressalta que o valor excluído indevidamente seria inferior ao apurado pela autoridade fiscal, de R\$ 50.094.808,77 ao ano.

Para demonstrar que efetivamente realizou as adições mencionadas conforme o procedimento descrito acima, a impugnante reproduz na peça de defesa imagem da Parte A do Lalur referente a janeiro de 2015, trazido logo abaixo neste relatório, em que é possível identificar, a partir do item apontado em vermelho, a adição de parcela da depreciação correspondente aos juros capitalizados, no valor de R\$ 1.113.217,97 (ou seja, aplicando-se a vida útil estimada de 45 anos). Em seguida, reproduz também a imagem da Parte A do Lalur referente a dezembro de 2015, também reproduzida a seguir neste relatório, que demonstra o acumulado de adições mensais ao longo do ano, totalizando R\$ 13.358.615,67 (isto é, R\$ 1.113.217,97 x 12 meses). Vejamos:

Nome Empresarial: FERROPORT LOGISTICA COMERCIAL EXPORTADORA S.A			
Período da Escrituração: 01/01/2015 a 31/12/2015		CNPJ: 08.807.683/0001-03	SCP:
Período de Apuração: A01 - Janeiro			
Histórico	Adição	Exclusão	
2: Lucro Líquido Antes do IRPJ	R\$ 6.113.142,29		
6: Provisões Não Dedutíveis	R\$ 799.080,25		
9: Contribuição Social Sobre o Lucro Líquido	R\$ 568.240,87		
57: Juros e outros encargos para financiar a aquisição de ativos qualificados, quando o respectivo ativo for realizado, inclusive mediante depreciação, amortização, exaustão, alienação ou baixa (art. 17, § 3o, do Decreto-Lei no 1.508/77, com redação dada pelo art. 2o, Lei nº 12.973, de 13 de maio de 2014).	R\$ 1.113.217,97		
92.01: Outras Adições - Qualquer Indicador de Relacionamento	R\$ 244.413,68		
93: SOMA DAS ADIÇÕES (IRPJ)	R\$ 2.724.958,77		
95: (-)Reversão dos Saldos das Provisões Não Dedutíveis		R\$ 6.921.279,00	
147: (-)Despesas pré-operacionais ou pré-industriais (art. 11, parágrafo único, Lei nº 12.973, de 13 de maio de 2014).		R\$ 6.878.278,33	
161: (-)Ajustes referentes a cota de depreciação divergente do § 3o do art. 57 da Lei no 4.506, de 30 de novembro de 1994 (art. 57, § 1o, da Lei no 4.506, de 30 de novembro de 1994, com redação dada pelo art. 40, Lei nº 12.973, de 13 de maio de 2014).		R\$ 2.008.112,52	
167.01: (-)Outras Exclusões - Qualquer Indicador de Relacionamento		R\$ 5.808.043,12	
168: SOMA DAS EXCLUSÕES (IRPJ)		R\$ 21.931.712,97	
169: LUCRO REAL ANTES DA COMPENSAÇÃO DE PREJUÍZOS DO PRÓPRIO PERÍODO DE APURAÇÃO		R\$ 13.003.811,91	
171: LUCRO REAL APÓS A COMPENSAÇÃO DOS PREJUÍZOS DO PRÓPRIO PERÍODO DE APURAÇÃO		R\$ 13.003.811,91	
175: LUCRO REAL		R\$ 13.003.811,91	

Período de Apuração: A12 - Dezembro			
Histórico	Adição	Exclusão	
2: Lucro Líquido Antes do IRPJ	R\$ 120.696.188,42		
6: Provisões Não Dedutíveis	R\$ 13.501.178,46		
8.13: Doações a Entidades Cíveis - Parcelas Não Dedutíveis	R\$ 35.264,70		
9: Contribuição Social Sobre o Lucro Líquido	R\$ 13.364.076,84		
57: Juros e outros encargos para financiar a aquisição de ativos qualificados, quando o respectivo ativo for realizado, inclusive mediante depreciação, amortização, exaustão, alienação ou baixa (art. 17, § 3o, do Decreto-Lei no 1.508/77, com redação dada pelo art. 2o, Lei nº 12.973, de 13 de maio de 2014).	R\$ 13.358.615,67		
92.01: Outras Adições - Qualquer Indicador de Relacionamento			
93: SOMA DAS ADIÇÕES (IRPJ)	R\$ 158.395.304,09		
95: (-)Reversão dos Saldos das Provisões Não Dedutíveis		R\$ 6.921.279,00	
147: (-)Despesas pré-operacionais ou pré-industriais (art. 11, parágrafo único, Lei nº 12.973, de 13 de maio de 2014).		R\$ 6.878.278,33	
161: (-)Ajustes referentes a cota de depreciação divergente do § 3o do art. 57 da Lei no 4.506, de 30 de novembro de 1994 (art. 57, § 1o, da Lei no 4.506, de 30 de novembro de 1994, com redação dada pelo art. 40, Lei nº 12.973, de 13 de maio de 2014).		R\$ 2.008.112,52	
167.01: (-)Outras Exclusões - Qualquer Indicador de Relacionamento		R\$ 5.808.043,12	
168: SOMA DAS EXCLUSÕES (IRPJ)		R\$ 21.931.712,97	
169: LUCRO REAL ANTES DA COMPENSAÇÃO DE PREJUÍZOS DO PRÓPRIO PERÍODO DE APURAÇÃO		R\$ 13.003.811,91	
171: LUCRO REAL APÓS A COMPENSAÇÃO DOS PREJUÍZOS DO PRÓPRIO PERÍODO DE APURAÇÃO		R\$ 13.003.811,91	
175: LUCRO REAL		R\$ 13.003.811,91	

Com relação aos anos 2016 e 2017, a impugnante afirma que adotou o mesmo procedimento. Entretanto, explica que as adições em questão teriam sido agregadas a outras adições, realizadas em um lançamento único à conta “Outras Adições” do Lalur, e reproduz como exemplo imagens referentes aos meses de janeiro de 2016 e janeiro de 2017, em que os valores ali constantes incluiriam os montantes relativos aos juros indevidamente “depreciados”. Com relação a janeiro de 2017, o contribuinte decompõe o valor constante de “Outras Adições”, para demonstrar que tal rubrica estaria abarcando a adição dos juros, conforme abaixo:

	Janeiro
Adição Imposto de Renda 2008 ativo diferido	226.298,50
Adição indedutível ativo diferido 2007 a 09/14	18.115,18
Doacoes Nao Dedutíveis	0,00
Brindes	2.399,79
Depreciação e amortização contábil (juros)	1.113.217,97
Auxilio Maternidade	
Depreciação e amortização contábil	3.327.563,94
Total:	4.687.595,39

No tocante aos lançamentos relativos à neutralização da depreciação contábil do ativo imobilizado e à exclusão da cota de depreciação fiscal, o contribuinte explica ter procedido da seguinte forma:

345. Em suma, era necessária adição à base dos tributos para neutralização da depreciação contábil (ativo / 45 anos), somada à exclusão da base do saldo de depreciação fiscal (ativo / 25 anos). O lançamento em Lalur e Lacs, contudo, foi agregado, lançando-se apenas a exclusão da base da diferença entre ambos os saldos de depreciação.

346. Assim, em 2015, o valor relativo à diferença verificada entre (i) a taxa de depreciação fiscal (exclusão) e a taxa de depreciação contábil (adição) pode ser verificada na Conta “161: (-) Ajustes referentes a cota de depreciação divergente do §3º, do Decreto-Lei nº 1.598/77, com relação dada pelo art. 2º, Lei nº 12.973, de 13 de maio de 2014”, com valor total de R\$ 29.879.097,86: (...)

347. Em 2016, o ajuste de depreciação referente ao ano de 2016 foi ajustado na Conta “167.01 (-) Outras Exclusões - Qualquer Indicador de Relacionamento”, em conjunto com outras exclusões do período. De acordo com levantamento interno, do total de R\$ 111.924.558,89, R\$ 31.416.512,55 refere-se à diferença das taxas de depreciação contábil e fiscal. O valor remanescente refere-se à amortização do ativo diferido (R\$ 80.115.339,93) e a outras exclusões do exercício (R\$ 392.706,42): (...)

348. Por fim, em 2017, as taxas de depreciação contábil (adição) e de depreciação fiscal (exclusão) foram lançadas separadamente, ao contrário dos anos anteriores, cujo lançamento ocorreu apenas pela diferença verificada entre ambos.

349. Assim, a adição da depreciação contábil foi ajustada na linha “92.01 - Outras Adições – indicador de relacionamento 4”. Ainda, do valor total de R\$

56.954.275,35 adicionados à base do IRPJ/CSLL, R\$ 40.539.835,92 referem-se à depreciação contábil. Por sua vez, a exclusão da depreciação fiscal ocorreu na linha “167.01 (-)Outras Exclusões - Qualquer Indicador de Relacionamento”, sendo que, do valor total de R\$ 153.087.177,54, R\$ 72.971.837,60 refere-se à quota de depreciação fiscal¹¹. 350.

No mais, de modo a comprovar o acima exposto em todos os anos-calendário, a Impugnante vem apresentar, além do Lalur dos respectivos períodos (Doc. 20 a 27 – Lalur 2015 a 2017), controle que demonstra os valores mencionados acima, especificamente no que se referem às diferenças entre as depreciações contábil e fiscal (Doc. 28 – Depreciação Contábil – Resultado x Recálculo). [grifos no original]

A impugnante ainda informa ter solicitado laudo técnico a auditores externos, para ratificar sua defesa, mas que, dado o prazo regulamentar para a apresentação da peça de defesa, não foi possível juntar o referido laudo aos autos em conjunto com a peça de impugnação. Assim, solicitou a juntada do documento em momento posterior, com vistas a “facilitar (do ponto de vista numérico) a visualização das informações já expostas nessa defesa”. Destaca-se que o laudo foi juntado aos autos do processo, posteriormente à apresentação da impugnação, e consta das fls. 2184 a 2240.

Por outro lado, sustenta que, mesmo sem a juntada do laudo mencionado, “é possível averiguar, por meio dos documentos já apresentados, que a base de cálculo utilizada nos Autos de Infração deve ser revista, de modo a ser considerada tão-somente a parcela que não foi devidamente neutralizada (...)”. Adicionalmente, caso a instância julgadora entenda ser necessário, requer, subsidiariamente, a conversão do julgamento em diligência, “de modo que a D. Fiscalização possa novamente apurar, em releitura dos livros fiscais, os pontos ora elencados”. Por fim, conclui que, ainda que não se entenda pela nulidade da autuação fiscal, deve-se reconhecer as neutralizações efetuadas pela impugnante, de modo a excluir o valor exigido indevidamente pela autoridade fiscal a título de tributos, multas e juros.

d) Informação adicional – pagamento parcial dos Autos de Infração

Conforme descrito no tópico anterior, o contribuinte reconheceu que o valor da adição mensal necessária para neutralizar a dedução em duplicidade dos juros capitalizados seria de R\$ 2.003.792,35, ao passo que a adição mensal efetivamente realizada por ele foi de R\$ 1.113.217,97, o que significa que ainda restariam valores que teriam sido deduzidos indevidamente na apuração do IRPJ e da CSLL.

Nesse sentido, a impugnante informou, em sua peça de defesa, ter realizado o parcelamento dos tributos referentes a esses valores, acrescidos de multa de ofício e juros, mediante pagamento da primeira parcela, conforme DARF que teria sido juntado ao processo, com os descontos previstos no art. 6º, inciso II, da Lei nº 8.218/1991.

Adicionalmente, informou que juntaria em momento posterior o protocolo do pedido de formalização do parcelamento.

Dos pedidos 11

O contribuinte explica, em nota de rodapé, que o valor remanescente seria referente à amortização do diferido, no valor de R\$ 80.115.339,93.

Em vista de todo o exposto, requer a impugnante que seja a presente Impugnação declarada tempestiva e integralmente acolhida para reconhecer-se: (i) a decadência do direito de questionar a formação do ágio amortizado pela Impugnante e (ii) a nulidade parcial da apuração fiscal no que tange à suposta dupla dedução dos juros capitalizados via depreciação/amortização, no que tange à diferença entre a fundamentação do TVF e a base de cálculo utilizada pelos lançamentos (dedução da depreciação contábil em duplicidade, ou R\$ 13.358.615,67 / ano vs. base de R\$ 50.094.808,77 / ano). Em complemento e de forma subsidiária aos pedidos acima, a impugnante requer que seja acolhida a sua defesa para extinguir integralmente o crédito tributário combativo em razão dos argumentos apresentados, em especial:

(i) a legalidade do ágio registrado pela Impugnante (operação regular que não contou com a presença da chamada “empresa-veículo” e, ainda que assim seja considerada, diante da impossibilidade do questionamento do ágio em função de requisito ilegal criado pela Fiscalização, bem como em vistas da inexistência de irregularidade do laudo demonstrativo da composição do ágio por rentabilidade futura);

e (ii) inexistência de dedução em duplicidade dos juros pré-operacionais objeto de capitalização em ativo imobilizado, mormente em função de neutralização da depreciação contábil para fins de apuração fiscal do IRPJ/CSLL.

Ainda de forma subsidiária, a impugnante requer o cancelamento da multa punitiva de 50% aplicada indevidamente pela Fiscalização, em razão da suposta falta de recolhimento das estimativas mensais de IRPJ e CSLL, tendo em vista a impossibilidade de dupla penalização do contribuinte pela mesma conduta.

É o relatório.

Nada obstante, o Acórdão da DRJ, efls.2346/2398, manteve parcialmente a autuação, nos termos do voto condutor:

Ante o exposto, VOTO por considerar PROCEDENTE EM PARTE a impugnação do contribuinte, concluindo por: i) Manter o crédito tributário exigido resultante da amortização indevida de ágio, em razão da extemporaneidade da documentação apresentada para fundamentar sua formação, nos termos da legislação tributária; e ii) EXONERAR o crédito tributário exigido resultante da glosa de dedução de valores em duplicidade (juros capitalizados/ativo diferido) das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL.

Por esse motivo, a ementa do Acórdão recorrido transpareceu com a seguinte ementa:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica – IRPJ

Período de apuração: 01/01/2015 a 31/12/2017

DECADÊNCIA. ÁGIO. CONTAGEM DO PRAZO. DEDUÇÃO. Inicia-se a contagem do prazo decadencial para a constituição dos créditos tributários referentes à glosa do aproveitamento de ágio a partir da sua efetiva dedução pelo contribuinte. Antes disso não há como se cogitar a inércia do Fisco. Súmula CARF nº 116.

DEDUTIBILIDADE DA AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO. EMPRESA VEÍCULO. POSSIBILIDADE. Nos termos do art. 7º da Lei 9.532/1997, a pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, cisão ou fusão, na qual detenha participação societária com ágio, poderá amortizar, na apuração do lucro real, o valor do ágio cujo fundamento seja a expectativa de rentabilidade futura. Salvo diante da comprovação de atos praticados com fraude, dolo ou simulação, o fato de ter sido utilizada empresa intermediária para a implementação da operação societária não é suficiente, por si só, para invalidar o negócio jurídico e negar os efeitos tributários do pagamento de sobrepreço na aquisição do investimento.

LAUDO. EXTEMPORANEIDADE. REQUISITOS PARA O APROVEITAMENTO DO ÁGIO. DESCUMPRIMENTO. O disposto no art. 20, § 3º, do Decreto-Lei 1.598/1977 e no art. 385, § 3º, do Decreto 3.000/1999, requer a apresentação de laudo que demonstre o ágio fundamentado em valor de rentabilidade da coligada ou controlada elaborado à época de sua escrituração. Laudos elaborados extemporaneamente não são considerados válidos para fins de cumprimento da legislação tributária pertinente e conseqüentemente amortização do ágio.

JUROS CAPITALIZADOS. DEDUÇÃO EM DUPLICIDADE. NÃO VERIFICADO. Tendo o contribuinte demonstrado a realização de ajustes na apuração fiscal da base de cálculo do IRPJ e da CSLL para neutralizar os efeitos contábeis e, assim, evitar a dedução em duplicidade de juros capitalizados durante a fase pré-operacional da empresa, resta comprovado não ter havido redução indevida das bases tributárias. Assunto: Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL Período de apuração: 01/01/2015 a 31/12/2017

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL. Aplica-se à tributação reflexa idêntica solução dada ao lançamento principal, em face da estreita relação de causa e efeito entre ambos.

Impugnação Procedente em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte

Nada obstante, o contribuinte, devidamente cientificado, 12/07/2023, e irresignado, apresenta recurso voluntário – efls. 2403/2492, repisando e reforçando os

argumentos já expostos na petição impugnatória, o que pode ser sintetizado através da reprodução das conclusões do recorrente:

V. CONCLUSÃO E PEDIDOS

329. Considerando a complexidade do caso e a extensão dos temas tratados, a Recorrente sintetiza as suas razões recursais de modo a justificar a reforma do v. acórdão no ponto em que recorrido tendo em vista a plena viabilidade do aproveitamento fiscal do ágio:

i. A Recorrente é operadora de terminal de minério de ferro, construiu estrutura portuária e de exportação privada, em investimento de bilhões de reais, criando empregos e recolhendo desde então milhões em impostos anualmente – é empresa de boa-fé e conservadora em sua conduta fiscal;

ii. O v. acórdão recorrido expressamente reconheceu a higidez das operações que deram origem ao ágio amortizado pela Recorrente, afastando qualquer prática de atos com fraude, dolo ou simulação;

iii. Em verdade, o único ponto controverso em relação ao aproveitamento do ágio seria o suposto descumprimento de formalidade, consubstanciada na ausência de apresentação de demonstrativo contemporâneo à operação societária atestando os valores relativos à expectativa de rentabilidade futura;

iv. Ou seja, apesar de afastar a indevida exigência da D. Fiscalização acerca da existência de laudo elaborado por auditoria à época das reorganizações, o v. acórdão aponta a necessidade de apresentação de algum demonstrativo existente na data da escrituração contábil do ágio gerado, ainda que não exista forma prevista na legislação para este documento;

v. No entanto, os laudos que apoiam a formação do ágio no presente caso cumpriam largamente todos os requisitos legais (a norma não estipulava forma ou prazo para sua elaboração): há dois laudos produzidos por auditoria independente (KPMG), um deles contemporâneo à operação (6 meses depois da aquisição), produzidos com base em balanço da data da operação e todos anteriormente à incorporação da participação e aproveitamento fiscal do ágio (ainda que anterior à Lei nº 12.973/14, o laudo atende até o prazo instituído pela mesma, de 13 meses após a realização da transação);

vi. Melhor dizendo, a Recorrente apresentou tanto em sede de procedimento fiscalizatório quanto nestes autos documentos mais do que suficientes para corroborar a expectativa de rentabilidade futura que deu ensejo ao ágio amortizado, dado que os laudos elaborados pela KPMG foram produzidos com base em documentos apresentados e informações prestadas pela Recorrente relativos à data do registro do ágio;

vii. A própria jurisprudência deste C. CARF é uníssona no sentido de que basta a demonstração contemporânea aos fatos, que pode se dar por meio de laudo elaborado posteriormente com base em informações da época – exatamente o caso dos autos;

viii. Ainda que a higidez das operações e a formação do ágio tenham sido confirmadas pelo v. acórdão, mister repassar que a operação que gerou o ágio amortizado foi a aquisição de 49% da Recorrente pelo Grupo Anglo American, realizada por sua holding no Brasil, AAPM. Seguiu-se à operação reorganização societária que culminou com a incorporação do investimento e ágio pela Recorrente. A D. Fiscalização alegou que a AAPM era uma mera empresa-veículo criada para aproveitamento do ágio, sendo a real adquirente a investidora estrangeira que indiretamente aportou recursos na AAPM;

lix. O aproveitamento fiscal do ágio em tela cumpriu rigorosamente todos os requisitos legais (operação anterior à Lei nº 12.973/14, mas que também atende aos parâmetros da nova norma): sequer foi questionado o pagamento efetivo do valor da aquisição (houve efetivo esforço econômico) e a operação foi realizada entre partes independentes (não ágio interno). Além disso, a Recorrente agiu com boa-fé, contratou 2 laudos da KPMG para apurar o valor justo do investimento e descartou valor relevante do ágio por pagamento a maior que o saldo apontado nos laudos; x. Especificamente em relação a alegação fiscal quanto à AAPM não se sustenta como o próprio v. acórdão destacou, dado que:

a) a AAPM era entidade jurídica plenamente capaz, regular, que realizou todos os atos da operação, tinha responsabilidade jurídica, geriu o investimento e captou recursos, e foi essencial para a concretização da expansão do Grupo Anglo American no Brasil – apenas depois de 6 anos mantendo investimentos de bilhões de reais é que deu-se a conclusão de reorganização do grupo e separação e incorporação da parcela do ágio na Recorrente, e somente em 2020 foi baixada por incorporação;

b) a reorganização das empresas do Grupo Anglo American no Brasil era necessária e motivada, havia diferentes investimentos com diferentes sócios, sendo impossível a incorporação de todos os negócios em uma só entidade jurídica;

c) o mero fato de uma entidade ser holding não invalida sua existência, assim como o fato de ter buscado recursos para a aquisição com empresas do mesmo grupo econômico, o que é prática absolutamente trivial (o “real” adquirente seria o agente financiador? Bancos, acionistas?);

d) o racional da D. Fiscalização levaria à impossibilidade de aproveitamento do ágio por investidores estrangeiros ou mesmo organização empresária sob holdings, prática absolutamente normal de mercado (quebra de isonomia, criação de requisito adicional para uso do ágio, sem base em lei);

xii. Além da perspectiva negocial, a AAPM foi absolutamente necessária para a concretização do investimento, considerando que:

a) o vendedor da participação exigiu a venda de holding CAPMR em bolsa de valores, o que só poderia ser feito por empresa nacional (ou estrangeira via Investimento 2.689); b) por sua vez o Grupo Anglo American demandava

Investimento “4.131” (ou investimento externo direto) para manter base de longo prazo no Brasil, com grandes aportes de recursos fora de bolsa, de modo que

c) a única forma permitida pela regulação brasileira e pelo arranjo contratual do vendedor era a realização de investimento em aquisição, no Brasil, por empresa Brasileira, ainda que capitalizada indiretamente pelo Grupo no exterior; ou seja, a AAPM não foi de maneira alguma constituída apenas para permitir o aproveitamento fiscal do ágio;

xii. juridicamente, não há dúvida de que foram atendidos todos os requisitos legais para o aproveitamento do ágio, a D. Fiscalização age por discordância da norma positivada ao constituir requisitos adicionais e ilegais, vai contra o espírito da norma que busca fomentar investimentos, e a norma sequer veda o aproveitamento, ainda que se tratasse de empresa-veículo;

xiii. não há que se desconsiderar estruturas jurídicas plenamente válidas para buscar o “real fato gerador”, segundo critério de que a forma mais correta é a que paga mais impostos – o agente privado é livre para atuar dentro do direito de forma legítima e também buscando a estrutura menos onerosa fiscalmente. A operação tem propósito comercial, mas é vedado ao Fisco utilizar este critério isolado para impor tributação mais gravosa (inaplicabilidade de tributação por analogia e interpretação econômica à luz do artigo 116 do CTN – que sequer foi regulamentado);

xiv. sequer há que se imputar ocorrência de simulação, apta a permitir a desconsideração de negócios jurídicos plenamente válidos – no caso houve operação absolutamente concreta e real, e sequer foi imputada simulação pela D. Fiscalização (não há multa agravada), ponto este destacado de forma irretocável pelo v. acórdão recorrido;

xv. a jurisprudência mais recente deste C. CARF vai ao encontro da fundamentação tecida pela Recorrente em suas razões de defesa e recursos, bem como no quanto consignado no v. acórdão sobre a formação do ágio amortizado;

xvi. em situações análogas à presente o CARF decidiu pela possibilidade de utilização de holding constituída no Brasil com recursos provenientes do exterior, para aquisição de participação societária com ágio, sem que isso caracterizasse qualquer irregularidade;

xvii. a tese utilizada pela D. Fiscalização acerca da impossibilidade de dedutibilidade do ágio nos casos em que não se verifica confusão patrimonial entre adquirente e investida, a chamada “Tese do Real Adquirente”, é expressamente rechaçada pela jurisprudência administrativa, pois não há qualquer fundamento legal para se afastar o aproveitamento do ágio nos casos em que são utilizados recursos provenientes do exterior para aquisição de participação societária por holding, o que só se poderia cogitar nos casos em que inequivocamente comprovada simulação – o que sequer foi aventado nestes autos;

xviii. não há que se falar em vedação para o aproveitamento do ágio quando a utilização de “empresa veículo” se deu em razão de questões regulatórias, exatamente este o caso dos autos;

xix. o questionamento sobre o aproveitamento do ágio já foi atingido pela decadência, considerando que a operação que gerou o ágio ocorreu em 2007 (findo o quinquênio decadencial em 2012, oito anos atrás). Após o prazo, dá-se também a homologação tácita do registro do saldo amortizável;

xx. não obstante todos os demais itens recursais, a multa isolada de 50% sobre todos os lançamentos é absolutamente indevida, em função de claramente constituir bis in idem em conjunto com a multa de ofício de 75%, verdadeira pena em duplicidade sobre uma mesma conduta atacada pela D. Fiscalização, conforme já reconhecida pelo E. STF, pelo E. STJ e nos termos dos recentes precedentes da CSRF. 330. Em vista de todo o exposto, a Recorrente requer o conhecimento e provimento do presente Recurso Voluntário, reformando-se o v. acórdão na parte em que recorrido, para extinguir integralmente o crédito tributário combatido em razão da decadência do direito de questionar a formação do ágio amortizado pela Recorrente.

331. Em complemento e de forma subsidiária, a Recorrente requer a reforma do v. acórdão recorrido, para acolher integralmente as razões de sua Impugnação, em especial a possibilidade de dedutibilidade do ágio registrado pela Recorrente dada a sua inequívoca demonstração por meio dos laudos e documentos apresentados, bem como a legalidade do ágio, já reconhecida pelo v. acórdão recorrido.

332. Ainda de forma subsidiária, a Recorrente requer o provimento deste Recurso Voluntário para cancelar a multa punitiva de 50% aplicada indevidamente pela D. Fiscalização, em razão da suposta falta de recolhimento das estimativas mensais de IRPJ e CSLL, tendo em vista a impossibilidade de dupla penalização do Contribuinte pela mesma conduta. 333. Igualmente de forma subsidiária, caso esse I. CARF entenda como necessário, especialmente no que diz respeito à comprovação documental da expectativa de rentabilidade futura, requer o deferimento de diligências, nos termos do artigo 18 do Decreto nº 70.235/7252, para que sejam comprovados, de forma exaustiva, os argumentos trazidos na defesa e reiterados nesse Recurso Voluntário.

334. A Recorrente requer também provar o acima exposto por todos os meios de prova, especialmente mediante a juntada de documentos ou conversão em diligência, bem como a realização de sustentação oral na sessão de julgamento, pelo que desde logo se protesta, sob pena de nulidade.

335. A Recorrente também aproveita a oportunidade, com base nas breves razões apresentadas acima, para requerer seja o Recurso de Ofício integralmente desprovido, tendo em vista a já comprovada e reconhecida inexistência de dedução em duplicidade dos juros pré-operacionais objeto de capitalização em

ativo imobilizado, mormente em função de neutralização da depreciação contábil para fins de apuração fiscal do IRPJ da CSLL.

336. Requer, por fim, que todas as notificações e intimações relativas ao presente feito sejam feitas em nome do patrono da Recorrente (...).

Termos em que, pede deferimento.

Importante reforçar também que o Acórdão recorrido foi submetido ao Recurso de Ofício, sem contrarrazões por parte da Fazenda Nacional.

Por fim, os autos foram encaminhados para o CARF, para apreciação e julgamento.

É o Relatório

VOTO

Conselheiro **Jeferson Teodorovicz**, Relator

Recurso Voluntário

O Recurso é tempestivo e preenche os demais requisitos de admissibilidade, dele tomo conhecimento.

Conforme bem apontado pela Relatora do acórdão recorrido, as infrações apontadas pela fiscalização foram as seguintes:

- 1) Indedutibilidade do ágio, em razão i) da falta de confusão patrimonial entre investidora e investida, tendo as operações societárias sido realizadas por meio de empresa-veículo; e ii) imprestabilidade do laudo apresentado para fundamentar o sobrepreço pago;
- 2) Exclusão em duplicidade de despesas de juros incorridos em fase pré-operacional, em virtude de ter ocorrido, simultaneamente, dois tipos de exclusão: dedução como amortização de ativo diferido e dedução como depreciação, considerando que os mesmos juros teriam sido capitalizados em conta de ativo imobilizado, para fins contábeis, e não teriam sido “neutralizados” por meio de adição à base de cálculo do IRPJ e da CSLL quando de sua apuração.

Analisando o acórdão recorrido, verifica-se que a C. 9ª Turma/ DRJ01 deu parcial provimento à Impugnação, para cancelar a cobrança relativa à suposta glosa de dedução de valores em duplicidade das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL nos seguintes termos:

O Parecer Fiscal elaborado pela autoridade fiscal em resposta aos esclarecimentos solicitados confirmou que, de fato, houve equívoco no cálculo que resultou na glosa de R\$ 50.094.808,77. Além disso, corroborou os esclarecimentos fornecidos pela impugnante em sua peça de defesa, no sentido de que estaria correta e

comprovada a metodologia por ela adotada para a neutralização das diferenças nas apurações contábil e fiscal das bases tributárias de IRPJ e da CSLL, aí incluídos os lançamentos demonstrados em sua documentação que foram efetuados para evitar a exclusão dos mesmos valores em duplicidade, objeto da discussão no presente processo.

Portanto, em relação a este ponto da acusação fiscal, assiste razão à impugnante, conforme demonstrado em sua peça de defesa e corroborado pela autoridade lançadora.

Além disso, o acórdão recorrido superou a discussão da utilização de empresa veículo no caso em tela.

Assim, analisarei essa matéria questionada em sede de remessa de ofício em tópico apartado.

Conforme já adiantado, restam também as seguintes matérias questionadas para análise em sede recursal: (i) decadência do direito para o questionamento da formação do ágio; (ii) possibilidade de amortização do ágio; e, subsidiariamente, (iii) impossibilidade de exigência de multa isolada em razão do recolhimento a menor de estimativas mensais.

Feitos esses esclarecimentos iniciais, a Recorrente alega preliminarmente a decadência do direito de questionar a formação do ágio amortizado.

Contudo, referido tema atrai a aplicação da Súmula CARF n. 116:

Súmula CARF nº 116

Aprovada pela 1ª Turma da CSRF em 03/09/2018

Para fins de contagem do prazo decadencial para a constituição de crédito tributário relativo a glosa de amortização de ágio na forma dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, deve-se levar em conta o período de sua repercussão na apuração do tributo em cobrança. (Vinculante, conforme Portaria ME nº 129, de 01/04/2019, DOU de 02/04/2019).

Assim, também deve ser afastada referida alegação recursal.

Por outro lado, o ágio discutido nos autos deve ser analisado à luz do disposto nos arts. 20 e seguintes do Decreto-lei n. 1.598/77, **por se referir a período anterior a publicação da Lei 12.973/2014:**

Art 20 - O contribuinte que avaliar investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição em:

I - valor de patrimônio líquido na época da aquisição, determinado de acordo com o disposto no artigo 21; e

II - ágio ou deságio na aquisição, que será a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor de que trata o número I.

§ 1º - O valor de patrimônio líquido e o ágio ou deságio serão registrados em subcontas distintas do custo de aquisição do investimento.

§ 2º - O lançamento do ágio ou deságio deverá indicar, dentre os seguintes, seu fundamento econômico:

a) valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade;

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

c) fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

§ 3º - O lançamento com os fundamentos de que tratam as letras a e b do § 2º deverá ser baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração.

O mesmo raciocínio aplica-se à necessidade de análise dos arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/1997:

Art. 7º A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no [art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977: \(Vide Medida Provisória nº 135, de 30.10.2003\)](#)

I - deverá registrar o valor do ágio ou deságio cujo fundamento seja o de que trata a [alínea "a" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977](#), em contrapartida à conta que registre o bem ou direito que lhe deu causa;

II - deverá registrar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a [alínea "c" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977](#), em contrapartida a conta de ativo permanente, não sujeita a amortização;

III - poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a [alínea "b" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977](#), nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração; [\(Redação dada pela Lei nº 9.718, de 1998\)](#)

IV - deverá amortizar o valor do deságio cujo fundamento seja o de que trata a [alínea "b" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977](#), nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados durante os cinco anos-calendários subsequentes à incorporação, fusão ou cisão, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no mínimo, para cada mês do período de apuração.

§ 1º O valor registrado na forma do inciso I integrará o custo do bem ou direito para efeito de apuração de ganho ou perda de capital e de depreciação, amortização ou exaustão.

§ 2º Se o bem que deu causa ao ágio ou deságio não houver sido transferido, na hipótese de cisão, para o patrimônio da sucessora, esta deverá registrar:

- a) o ágio, em conta de ativo diferido, para amortização na forma prevista no inciso III;
- b) o deságio, em conta de receita diferida, para amortização na forma prevista no inciso IV.

§ 3º O valor registrado na forma do inciso II do caput:

- a) será considerado custo de aquisição, para efeito de apuração de ganho ou perda de capital na alienação do direito que lhe deu causa ou na sua transferência para sócio ou acionista, na hipótese de devolução de capital;
- b) poderá ser deduzido como perda, no encerramento das atividades da empresa, se comprovada, nessa data, a inexistência do fundo de comércio ou do intangível que lhe deu causa.

§ 4º Na hipótese da alínea "b" do parágrafo anterior, a posterior utilização econômica do fundo de comércio ou intangível sujeitará a pessoa física ou jurídica usuária ao pagamento dos tributos e contribuições que deixaram de ser pagos, acrescidos de juros de mora e multa, calculados de conformidade com a legislação vigente.

§ 5º O valor que servir de base de cálculo dos tributos e contribuições a que se refere o parágrafo anterior poderá ser registrado em conta do ativo, como custo do direito.

Art. 8º O disposto no artigo anterior aplica-se, inclusive, quando:

- a) o investimento não for, obrigatoriamente, avaliado pelo valor de patrimônio líquido;
- b) a empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a propriedade da participação societária.

Abstrai-se dos referidos dispositivos que a amortização do ágio apenas pressupõe uma operação incorporação, fusão ou cisão entre a pessoa jurídica que detinha a participação societária adquirida com ágio e a pessoa jurídica investida.

Nesse aspecto, **embora tal discussão já tenha sido superada pelo Acórdão recorrido, apenas para reforçar**, entendo que a possibilidade de amortização do ágio em operações que contaram com a utilização de empresa veículo tem sido assunto recorrente no âmbito do contencioso administrativo tributário, inclusive com diversas manifestações da 1ª Câmara Superior de Recursos Fiscais, entre os quais cito o acórdão n. 9101-006.486 proferido no processo n. 16561.720180/2014-38, de 07/03/2023:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL Ano-calendário: 2009, 2010, 2011, 2012 RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA ENTRE OS ACÓRDÃOS COMPARADOS. NÃO CONHECIMENTO. A ausência de similitude fático-jurídica

entre as decisões comparadas (acórdão recorrido x paradigmas) impede a caracterização do dissídio, prejudicando o conhecimento recursal. RECURSO ESPECIAL DA FAZENDA NACIONAL. MULTA QUALIFICADA. FUNDAMENTO AUTÔNOMO NÃO ATACADO. NÃO CONHECIMENTO. Não se conhece do Recurso Especial que não logra demonstrar a necessária divergência jurisprudencial em relação a um dos fundamentos jurídicos autônomos que, por si só, seja apto a motivar a conclusão da decisão recorrida sobre a matéria em debate. ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA (IRPJ) Ano-calendário: 2009, 2010, 2011, 2012 UTILIZAÇÃO DE EMPRESA VEÍCULO. LEGALIDADE. MANUTENÇÃO DA DEDUTIBILIDADE DO ÁGIO. O ágio fundamentado em rentabilidade futura, à luz dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, pode ser deduzido por ocasião da absorção do patrimônio da empresa que detém o investimento pela empresa investida (incorporação reversa). **O uso de holding (ou empresa veículo), constituída no Brasil com recursos provenientes do exterior, para adquirir a participação societária com ágio e, em seguida, ser incorporada pela investida, reunindo, assim, as condições para o aproveitamento fiscal do ágio, não caracteriza simulação, de modo que é indevida a tentativa do fisco de requalificar a operação tal como foi formalizada e declarada pelas partes.** TRANSFERÊNCIA DOS RECURSOS POR EMPRESA CONTROLADORA DOMICILIADA NO EXTERIOR PARA SOCIEDADE HOLDING. LEGITIMIDADE DA DEDUÇÃO DO ÁGIO. IMPROCEDÊNCIA DA TESE DO REAL ADQUIRENTE. A transferência, por controladora domiciliada no exterior, dos recursos empregados na aquisição de participação societária por empresa holding constituída no Brasil não impede a amortização fiscal do ágio após esta ser incorporada pela investida. A tese do “real adquirente”, que busca limitar o direito à dedução fiscal do ágio apenas na hipótese de existir confusão patrimonial entre a pessoa jurídica que disponibilizou os recursos necessários à aquisição do investimento e a investida, não possui fundamento legal, salvo quando caracterizada hipótese de simulação, o que não se revela no caso.

Decisão: Vistos, relatados e discutidos os presentes autos. Acordam os membros do colegiado em: (i) por maioria de votos, não conhecer do Recurso Especial da Fazenda Nacional, vencidos os conselheiros Luis Henrique Marotti Toselli (relator), Edeli Pereira Bessa e Alexandre Evaristo Pinto que votaram pelo conhecimento parcial, apenas em relação à matéria “multa qualificada”; (ii) por unanimidade de votos, conhecer do Recurso Especial do Contribuinte; (iii) no mérito, por maioria de votos, dar provimento ao recurso do contribuinte, vencidos os conselheiros Edeli Pereira Bessa e Guilherme Adolfo dos Santos Mendes que votaram por negar-lhe provimento. Votaram pelas conclusões os conselheiros Luiz Tadeu Matosinho Machado e Fernando Brasil de Oliveira Pinto. Designada para redigir o voto vencedor a conselheira Livia De Carli Germano. Manifestaram intenção de apresentar declaração de voto os conselheiros Edeli Pereira Bessa, Livia De Carli Germano e Luiz Tadeu Matosinho Machado. (documento assinado digitalmente) Fernando Brasil de Oliveira Pinto – Presidente em exercício (documento assinado digitalmente) Luis Henrique Marotti Toselli – Relator (documento assinado

digitalmente) Livia De Carli Germano– Redatora Designada Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia De Carli Germano, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Luis Henrique Marotti Toselli, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Alexandre Evaristo Pinto, Gustavo Guimarães da Fonseca e Fernando Brasil de Oliveira Pinto (Presidente em exercício).

Na ocasião, o Conselheiro Luís Toselli em seu voto assim se posicionou:

Posto isso, a conclusão que se chega é a de que a simulação, enquanto limitadora de planejamentos tributários e gatilho para legitimar a requalificação jurídica dos fatos declarados, resta caracterizada quando: (i) há interposição fictícia de pessoas; ou (ii) quando há declaração não verdadeira emitida pelas partes, podendo esta se dar (ii.i) de forma consciente, isto é, com emprego de conduta dolosa ou fraudulenta ou (ii.ii) inconsciente (culposa), na hipótese do contribuinte se valer de tipos ou institutos jurídicos que não atendam sua causa ou finalidade.

Na prática, a existência ou não de adoção de estrutura simulada como meio de gerar economia tributária vai depender das circunstâncias e elementos probatórios trazidos pela fiscalização em cada situação fática. Apenas com a reunião de indícios precisos e que se convergem para uma convicção segura de que houve simulação é que uma requalificação jurídica fundada na ineficácia dos atos/negócios formalizados se justifica.

Trazendo essas considerações para o presente cenário, as questões que se colocam são as seguintes: empresas holdings podem, aos olhos jurídicos, receber recursos de controladoras localizadas no exterior para adquirir empresas alvo (investidas) com ágio e, em seguida, serem extintas por incorporação? Uma empresa veículo assim interposta possui causa jurídica? Enfim, o Direito permite que uma empresa não operacional tenha como única finalidade criar as condições para o aproveitamento fiscal do ágio?

As respostas a meu ver são positivas.

Tratam-se as rotuladas empresas veículos, de holdings, ou seja, sociedades que têm por objeto social justamente a participação em outras empresas, em plena conformidade com o comando previsto no art. 2º, § 3º, da Lei nº 6.404/76:

Art. 2º Pode ser objeto da companhia qualquer empresa de fim lucrativo, não contrário à lei, à ordem pública e aos bons costumes.

[...]

§ 3º A companhia pode ter por objeto participar de outras sociedades; ainda que não prevista no estatuto, a participação é facultada como meio de realizar o objeto social, ou para beneficiar-se de incentivos fiscais. Grifamos

Sobre esse tipo de sociedade, Modesto Carvalhosa esclarece que “tem assim a sociedade holding como característica diferencial e objetivo principal a

participação relevante em uma atividade econômica de terceiros, em vez de exercício de atividade produtiva ou comercial”.

A ideia, então, de que toda sociedade deve necessariamente possuir estrutura física, portaria, prédio, funcionários, máquinas, etc., não se aplica para uma holding, cuja causa jurídica ou finalidade social, conforme visto, consiste justamente na participação em outras sociedades enquanto objeto social típico.

Ao contrário de uma empresa industrial, comercial ou uma prestadora de serviços que, como regra geral, demandam um mínimo de estrutura física e de pessoal para operarem com autonomia, a prova da existência e objeto de uma holding se dá justamente com seu ato constitutivo, inscrição perante o fisco e declarações dos sócios.

Quanto à duração de uma sociedade, cumpre notar que esta varia conforme o interesse das partes, lembrando que, de acordo com o parágrafo único do artigo 981 do Código Civil - que trata da Sociedade de Propósito Específico – SPE -, a atividade pode restringir-se à realização de um ou mais negócios determinados.

O artigo 997, também do Código Civil, aliás, estabelece, em seu inciso II, que os atos constitutivos de uma sociedade devem conter, além das cláusulas estipuladas pelas partes, “a denominação, objeto, sede e prazo”, o que ratifica a liberdade quanto à duração e finalidade de uma holding.

Nas palavras de Edmar Oliveira Andrade Filho?

No Brasil, o problema do prazo de duração passou a ser secundário após o advento do parágrafo único do art. 981 do CC, segundo o qual 'a atividade pode restringir-se à realização de um ou mais negócios determinados'. Portanto, a permanência ou duração de uma sociedade não é um requisito de validade para a constituição e utilização de uma pessoa jurídica, pois o próprio ordenamento jurídico já se encarregou de realizar as valorações pertinentes ao tempo de duração de uma sociedade.

Verifica-se, assim, que é perfeitamente válido e eficaz, sob o prisma jurídico, a existência de sociedades efêmeras e outras de longa duração, com capital social ínfimo ou substancial, umas com operações mercantis, outras produtivas ou prestadoras de serviços e outras ainda como canais de investimento, o que vai depender dos fins sociais e econômicos estabelecidos pelos sócios dentro de sua autonomia de empreender e de buscar maximizar os resultados da companhia nos limites da lei.

Ora, se a própria legislação tipifica uma “holding pura com fins específicos” como uma espécie societária própria do Direito, conferindo-lhe tipicidade e legitimidade para praticar uma única operação, inclusive para fins de economia tributária, não vejo como não admitir o uso de uma holding para servir de veículo para provocar a baixa de um investimento com o consequente gatilho para deduzir fiscalmente o ágio.

Ao tratar especificamente sobre as formas de investimento no Brasil por empresa estrangeira, assim leciona Charles William McNaughton³²:

(...) por causa finalística de uma sociedade, podemos entender como sua própria função social.

Uma sociedade possui um objeto social que é justamente a atividade econômica efetivada para gerar resultados aos sócios. Nesse sentido, todo ato que uma sociedade pratica para contribuir na formação desse resultado há de ser tido como englobado na função social da sociedade.

O que se opera no caso da empresa-veículo utilizada para aproveitamento do ágio? O investidor paga um sobrepreço para adquirir um ativo (uma sociedade) com a expectativa de ter um resultado (lucro) no futuro. A obtenção desse resultado é justamente o tipo de ato que se enquadra na função social daquela pessoa jurídica.

O aproveitamento fiscal do ágio nada mais é do que o reconhecimento do ordenamento jurídico de que a renda auferida pelo investidor será o resultado futuro menos o valor pago por esse resultado.

Mas, por certos motivos, como por exemplo, o fato de o investidor estar situado no exterior, o sistema jurídico pode colocar barreiras procedimentais de que esse ágio seja aproveitado. Nesse sentido, a empresa-veículo é um meio para que essas barreiras sejam ultrapassadas.

E o que o uso da empresa-veículo permite? Ao superar tais empecilhos procedimentais para o aproveitamento do ágio e reduzir a tributação incidente sobre o empreendimento econômico que poderá ser aproveitado pelo investidor graças a aquisição de participação societária da investida, o uso da empresa veículo nada mais faz senão contribuir para aumentar aquele resultado futuro almejado pelo investidor, reduzindo uma despesa com tributação.

A empresa veículo holding que participa de outra pessoa jurídica cumprindo seu objeto social, portanto, e incrementa, assim, o resultado dos sócios está sim cumprindo sua função social. A função social do contrato, previsto no artigo 421 do Código Civil, está sendo atingida.

De fato, é plenamente lícito o financiamento estrangeiro no Brasil por controladoras sediadas no exterior, o que se faz justamente com empresas holdings, espécie de sociedade que inclusive é usualmente utilizada como meio próprio e legítimo de grupos internacionais investirem e se estabelecerem no país.

(...)

Caminhando nesse mesmo sentido, entendo que não há nenhum vício ou aparência sobre a existência, causa e finalidade das empresas veículos envolvidas nesse caso concreto. E qual foi a finalidade? Ora, foi a de instrumentalizar a aquisição do investimento com ágio, pago a parte não relacionada, de forma

também a reunir as condições necessárias para o seu aproveitamento fiscal pós incorporações reversas.

Reitera-se, desculpe a insistência, que o § 3º, do artigo 2º, da Lei nº 6.404/76 acima transcrito reconhece expressamente a possibilidade de uma sociedade ser constituída para beneficiar-se de incentivos fiscais, o que não é bem o caso, mas que indubitavelmente ratifica a legitimidade do uso das holdings nas diversas operações de aquisição envolvidas nesse caso.

Pelo exposto, conclui-se que a utilização de empresa-veículo que viabilize o aproveitamento fiscal do ágio por si só não configura ato ilícito ou simulação, não constituindo, portanto, fundamento hábil a manutenção das glosas ora tratadas.

Mais recentemente, inclusive, esse posicionamento acabou sendo adotado pelo Ministro Gurgel de Faria ao julgar o REsp 2.026.473:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INEXISTÊNCIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. FIM DE PREQUESTIONAMENTO. MULTA. DESCABIMENTO. IMPOSTO DE RENDA E CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO. ÁGIO. DESPESA. DEDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. OPERAÇÃO ENTRE PARTES DEPENDENTES. POSSIBILIDADE. NEGÓCIO JURÍDICO ANTERIOR À ALTERAÇÃO LEGAL. EMPRESA-VEÍCULO. PRESUNÇÃO DE INDEDUTIBILIDADE. ILEGALIDADE.

1. Não há violação do art. 1.022, II, do CPC/2015 quando o órgão julgador, de forma clara e coerente, externa fundamentação adequada e suficiente à conclusão do acórdão embargado, como no caso dos autos.

2. Hipótese em que a Corte Regional apresentou motivação clara e expressa a respeito: a) da possibilidade de dedução do ágio no caso concreto, visto que o instituto teria efetivamente ocorrido (e não artificialmente criado); b) da impossibilidade de criação de hipóteses de "inedutibilidade" não previstas na lei, tal como pretendeu fazer o Fisco; c) da extensão da Lei n. 9.532/1997, notadamente dos seus arts. 7º e 8º; d) da ocorrência efetiva de investimento (aporte de recursos), tendo enfrentado diretamente as questões postas em discussão e entregue a prestação jurisdicional nos limites da lide.

3. Quanto à alegada violação do art. 1.026, § 2º, do CPC, assiste razão jurídica à recorrente, uma vez que os aclaratórios foram interpostos com o objetivo de prequestionamento, pelo que aplicável a Súmula 98 do STJ no particular.

4. A controvérsia principal dos autos consiste em saber se agiu bem o Fisco ao promover a glosa de despesa de ágio amortizado pela recorrida com fundamento nos arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/1997, sob o argumento de não ser possível a dedução do ágio decorrente de operações internas (entre sociedades empresárias dependentes) e mediante o emprego de "empresa-veículo".

5. Ágio, segundo a legislação aplicável na época dos fatos narrados na inicial, consistiria na escrituração da diferença (para mais) entre o custo de aquisição do

investimento (compra de participação societária) e o valor do patrimônio líquido na época da aquisição (art. 20 do Decreto-Lei n. 1.598/1977).

6. Em regra, apenas quando há a alienação, liquidação, extinção ou baixa do investimento é que o ágio a elas vinculado pode ser deduzido fiscalmente como custo, para fins de apuração de ganho ou perda de capital.

7. A exceção à regra da indedutibilidade do ágio está inserida nos arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/1997, os quais passaram a admitir a dedução quando a participação societária é extinta em razão de incorporação, fusão ou cisão de sociedades empresárias.

8. A exposição de motivos da Medida Provisória n. 1.602/1997 (convertida na Lei n. 9.532/1997) visou limitar a dedução do ágio às hipóteses em que fossem acarretados efeitos econômico-tributários que a justificassem.

9. O Código Tributário Nacional autoriza que a autoridade administrativa promova o lançamento de ofício quando "se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação" (art. 149, VII) e também contém norma geral antielisiva (art. 116, parágrafo único), a qual poderia, em última análise, até mesmo justificar a requalificação de negócios jurídicos ilícitos/dissimulados, embora prevaleça a orientação de que a "plena eficácia da norma depende de lei ordinária para estabelecer os procedimentos a serem seguidos" (STF, ADI 2446, rel. Min. Carmen Lúcia).

10. Embora seja justificável a preocupação quanto às organizações societárias exclusivamente artificiais, não é dado à Fazenda, alegando buscar extrair o "propósito negocial" das operações, impedir a dedutibilidade, por si só, do ágio nas hipóteses em que o instituto é decorrente da relação entre "partes dependentes" (ágio interno), ou quando o negócio jurídico é materializado via "empresa-veículo"; ou seja, não é cabível presumir, de maneira absoluta, que esses tipos de organizações são desprovidos de fundamento material/econômico.

11. Do ponto de vista lógico-jurídico, as premissas em que se baseia o Fisco não resultam automaticamente na conclusão de que o "ágio interno" ou o ágio resultado de operação com o emprego de "empresa-veículo" impediria a dedução do instituto em exame da base de cálculo do lucro real, especialmente porque, até 2014, a legislação era silente a esse respeito.

12. Quando desejou excluir, de plano, o ágio interno, o legislador o fez expressamente (com a inclusão do art. 22 da Lei n. 12.973/2014), a evidenciar que, anteriormente, não havia vedação a ele.

13. Se a preocupação da autoridade administrativa é quanto à existência de relações exclusivamente artificiais (como as absolutamente simuladas), compete ao Fisco, caso a caso, demonstrar a artificialidade das operações, mas jamais pressupor que o ágio entre partes dependentes ou com o emprego de "empresa-veículo" já seria, por si só, abusivo.

14. No caso concreto, adotando o cenário fático narrado na sentença e no acórdão, em razão dos limites impostos pela Súmula 7 do STJ, não há demonstração de que as operações entabuladas pela parte recorrida foram atípicas, artificiais ou desprovidas de função social, a ponto de justificar a glosa na dedução do ágio.

15. Recurso especial parcialmente provido, apenas para afastar a multa imposta em face da interposição dos embargos de declaração.

(REsp n. 2.026.473/SC, relator Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 5/9/2023, DJe de 19/9/2023.)

Ali, o Ministro assevera com a clareza que lhe é característica que:

Embora não haja consenso sobre o conceito de "empresa-veículo", algumas características dessa entidade podem ser destacadas:

A "empresa-veículo" geralmente é constituída pela própria pessoa jurídica adquirente com o aporte do investimento na sociedade adquirida ("empresa alvo"), justamente para efetuar a transferência do ágio de rentabilidade futura;

A "empresa-veículo" tem duração efêmera;

A "empresa-veículo" é criada sem outro propósito econômico, além de facilitar o aproveitamento fiscal do ágio de rentabilidade futura;

A "empresa-veículo" é utilizada como instrumento para aquisição da participação societária na "empresa-alvo" ou como sociedade para a qual ocorre a transferência do ágio;

A "empresa-veículo" é controladora da pessoa jurídica sucessora, que continua a existir após o evento societário, na qual o ativo diferido (regime anterior) ou o ativo intangível (regime atual) relativo ao ágio de rentabilidade futura passa a produzir efeitos fiscais;

A "empresa-veículo" é extinta no evento societário de fusão, cisão ou incorporação;

A "empresa-veículo" possibilita que a sociedade investida por meio da incorporação reversa, amortize o ágio de rentabilidade futura.

(SANTOS, Ramon Tomazela. Ágio na Lei 12.973/2014: aspectos tributários e contábeis. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022).

Dito isso, tenho que, do ponto de vista lógico-jurídico, as premissas em que se baseia a Fazenda passam longe de resultar automaticamente na conclusão de que o "ágio interno" ou o ágio resultado de operação com o emprego de "empresaveículo" impediria a dedução do instituto em exame da base de cálculo do lucro real.

Primeiro, porque os supracitados arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/1997 em nenhum momento dispuseram de maneira expressa sobre a impossibilidade apriorística

do aproveitamento do ágio nas operações de partes dependentes ou mediante o emprego de empresa interposta.

Aliás, quando desejou excluir, de plano, o ágio interno, o legislador o fez expressamente (com a inclusão do art. 22 da Lei n. 12.973/2014), a evidenciar que, anteriormente, não havia vedação, e continua não havendo, ao uso de sociedade-veículo.

Segundo, porque se a preocupação da autoridade administrativa é quanto à existência de relações exclusivamente artificiais (como as absolutamente simuladas), compete ao Fisco, caso a caso, demonstrar a artificialidade das operações, mas jamais pressupor que a só existência de ágio entre partes dependentes ou com o emprego de "empresa-veículo" já seria abusiva.

Assim, ao menos até 2014:

[...] parece claro que, em princípio, não há, na legislação tributária, qualquer dispositivo que impeça o reconhecimento e a utilização do ágio, gerado internamente, entre partes relacionadas.

O que se condena é a simulação, a mentira, a operação que não existiu na realidade: assim, se não houve preço em uma relação entre partes relacionadas na qual se registrou ágio, tal operação deverá ser desconsiderada. Resta evidente, aí, que não houve uma compra e venda, uma aquisição de participação societária na qual poderia haver o pagamento do ágio. Comprovada a simulação, plenamente justificável e autorizada a desconsideração do planejamento realizado. (SCHOUERI, Luís Eduardo. Ágio em reorganizações societárias [aspectos tributários]. São Paulo: Dialética, 2012)

Sobre o emprego da "empresa-veículo", a sua rejeição apriorística contraria o disposto no art. 2º, § 3º, da Lei n. 6.404/1976 (o qual faculta a criação de holding "como meio de realizar o objeto social, ou para beneficiar-se de incentivos fiscais").

Não há proibição legal para que uma sociedade empresária seja criada como "veículo" para facilitar a realização de um negócio jurídico; inclusive há razões reais ("propósito comercial") para tanto, pois é possível que as pessoas jurídicas originais queiram manter sua segregação por diversas razões (estratégicas, econômicas, operacionais...).

A propósito, quando a investidora é empresa estrangeira, é ainda mais justificável a constituição de uma "empresa-veículo", por algumas razões práticas: confere mais segurança quanto à possibilidade de se valer da norma interna de dedução do ágio (o que não aconteceria se a incorporação fosse internacional); permite a negociação com base na moeda local; pode facilitar a realização de operações locais (por exemplo, dispensar garantias que seriam exigidas do investidor internacional) etc

Assim, filio-me à orientação de que:

A Lei nº 9.532/1997 e a Lei nº 12.973/2014 apenas exigem a confusão patrimonial entre a pessoa jurídica que detém participação societária e a sociedade adquirida, não fazendo qualquer alusão, ainda que implícita, ao suposto "real adquirente", que segundo a tese do Fisco, teria fornecido os recursos financeiros ou ofertado garantia para aquisição do investimento. (SANTOS, Ramon Tomazela. *Ágio na Lei 12.973/2014: aspectos tributários e contábeis*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022)

Em resumo, compreendo que a existência do ágio interno (ao menos até 2014) ou a constituição de sociedade-veículo não podem, por si sós, configurar impedimento para a dedução do ágio.

O mais importante, nessas situações, é investigar se:

Houve efetiva aquisição de participação societária? Há efetivo custo (sacrifício) de aquisição? Resta demonstrado que o ágio corresponde à diferença entre o custo de aquisição e o valor patrimonial do investimento está fundamentado na expectativa de rentabilidade futura? Houve absorção do patrimônio da investida ou da investidora por meio de incorporação, fusão ou cisão?

[...]

Há efetiva aquisição/alienação de participação societária? (DIAS, Karem Jureidini; LAVEZ, Raphael Assef. "Ágio interno" e "empresaveículo" na jurisprudência do CARF: um estudo acerca da importância dos padrões legais na realização da igualdade tributária In: *Análise de casos sobre aproveitamento de ágio: IRPJ e CSLL à luz da jurisprudência do CARF*. PEIXOTO, Marcelo Magalhães; FARO, Maurício Pereira (coord). São Paulo: MP Editora, 2016)

Por esse motivo, conforme já ventilado, não discorda nessa parte o acórdão recorrido:

a) Da falta de confusão patrimonial entre investidora e investida

A autoridade fiscal fundamenta a indedutibilidade da amortização do ágio com base no entendimento de que não houve a confusão patrimonial entre investidora e investida, já que a real investidora e adquirente do investimento que deu origem ao ágio não teria sido a MPM, e sim a controladora estrangeira AIOI, sediada em Luxemburgo. Nesse sentido, a fiscalização questiona a capacidade de a MPM atuar como investidora nessas operações, tendo em vista, especialmente, o fato de que os recursos utilizados para a realização dos investimentos descritos originaram-se de aportes da AIOI, que teria remetido R\$ 2,95 bilhões para sua controlada no Brasil. Dessa maneira, considera como real adquirente da participação em LLX-MR a empresa estrangeira AIOI, uma vez que "foi quem aportou os recursos, quem tomou as decisões e, em última instância, quem assumiu os riscos da operação" e que "a dedução da amortização de ágio deve beneficiar quem suportou o ônus de efetivamente pagar por ele, seu real investidor, aquele que arcou com todos os recursos que propiciaram a concretização do negócio".

Em sua defesa, a impugnante sustenta que foi a MPM quem realizou os investimentos, contando com fontes de financiamento, incluindo os aportes do exterior, mas que tal fato não invalida a legitimidade das operações e o direito à amortização do ágio gerado. Explica que a empresa desempenha a atividade de holding e que a opção pelo financiamento das aquisições dos investimentos por meio de aportes de capital foi adotada por ser mais eficiente e barata do que obter financiamento junto a terceiros. Ainda, afirma que se fosse aplicado o entendimento da fiscalização de que é o responsável pelos aportes financeiros o real adquirente dos investimentos, em última análise, seriam sempre os credores os efetivos investidores. Adicionalmente, esclarece que a MPM atuou diretamente nas operações e que era necessária para consolidar a estratégia do Grupo Anglo American no Brasil.

Entendo que, ao prever a possibilidade de amortização do ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura, o legislador simplesmente reconhece e permite o emparelhamento dos lucros gerados pela empresa que deu causa ao ágio com a despesa incorrida para sua aquisição. E para tornar esse emparelhamento possível na prática, prescreve, como técnica necessária a ser procedida, a confusão dos patrimônios de investidora e investida, posto que sem tal confusão patrimonial restariam separados, em diferentes entidades, a despesa e a receita correlacionadas - a despesa incorrida com o ágio por expectativa de rentabilidade futura e a receita gerada pela empresa investida relativamente a esta rentabilidade prevista.

Assim, a autorização para a dedutibilidade da amortização do ágio conferida pela legislação tributária tem como objetivo manter a coerência no reconhecimento de receitas e despesas correlatas, que passam a se comunicar diretamente quando da confusão patrimonial entre investidora e investida. Evita-se, assim, que se venha a tributar duas vezes a mesma materialidade - a "rentabilidade futura" da investida -, já que, com a confusão dos patrimônios, o lucro auferido pela investida passa a integrar a mesma universalidade da investidora. A lógica aqui expressa é de que sem a amortização do sobrepreço pago em razão dos resultados futuros esperados, esses resultados, quando concretizados, acabariam por sofrer uma dupla tributação: confundidos os patrimônios de investidora e investida, a pessoa jurídica que adquiriu investimento com ágio baseado na expectativa de rentabilidade futura passa a ser tributada pelos lucros percebidos com esse investimento. Ou seja, percebe-se que a própria legislação autoriza que determinada reorganização societária seja implementada única e exclusivamente com propósitos tributários, a fim de viabilizar o aproveitamento fiscal do ágio pago na aquisição do investimento em virtude de expectativa de rentabilidade futura¹².

De maneira exemplificativa, imagine-se que a empresa "A" adquire a empresa "B" com ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura; posteriormente, há a confusão patrimonial entre investidora e investida por uma das maneiras prescritas pela legislação tributária pertinente (fusão, cisão, incorporação). Tem-

se que, após a união dos patrimônios de investidora e investida a entidade resultante da confusão patrimonial estaria apta a amortizar fiscalmente o ágio gerado na operação de aquisição, (obviamente, cumpridos os demais requisitos previstos em lei), sem se exigir ou se perquirir sobre a existência de outras razões, que não a vantagem de natureza fiscal, para se proceder ao conjunto de operações descrito. Penso que, nas condições descritas, também as autoridades fiscais e as instâncias administrativas dificilmente estariam em posição de questionar a legitimidade da operação e da consequente "vantagem" tributária obtida (repise-se, cumpridos os demais requisitos previstos em lei e ausentes indícios de dolo, fraude ou simulação), com base em uma busca por razões extratributárias que justificassem o arranjo empreendido. Ora, então por que motivo tal requisito é inquirido e tido como obrigatório quando a operação é empreendida utilizando-se entidade intermediária, sem demonstração de dolo, fraude ou simulação, e faz surgir a possibilidade de se glosar imediatamente a dedução fiscal pretendida?

Perceba-se, ainda tomando como base o simples exemplo descrito acima, que a empresa "A" já teria direito ao aproveitamento fiscal do ágio caso tivesse adquirido a empresa "B" de maneira direta. Ou seja, a utilização de empresa intermediária para aquisição do investimento B não cria vantagem tributária para a empresa "A" que já não estaria disponível para aproveitamento caso se tivesse optado pela via da aquisição do investimento diretamente. A única diferença vislumbrada por meio da aquisição indireta é a estrutura societária resultante após a reorganização empreendida. Ou seja, a operacionalização do negócio por meio da empresa intermediária em nada interfere na apuração e na possibilidade de amortização fiscal do ágio.

No caso concreto, o óbice apresentado pela fiscalização para a amortização do ágio reside no fato de que a empresa AAPM seria uma "empresa veículo", que não teria capacidade financeira para arcar com os custos para a aquisição da participação societária e com todos os recursos que propiciaram a concretização do negócio. Acrescenta ainda que a aquisição do capital da fiscalizada teria sido feita por meios indiretos, que geraram as vantagens aqui discutidas, sendo a AIOI a empresa que "aportou os recursos, quem tomou as decisões e, em última instância, quem assumiu os riscos da operação".

Entretanto, não vislumbro qualquer ilícito quando os atos praticados não conduzem ao aparecimento ou criação artificial de novo ágio ou de ágio maior do que aquele que seria reconhecido sem a sua realização, assim como não se verifica nenhum ilícito nos atos praticados pelas empresas no caso concreto.

Por resumir de maneira didática o posicionamento aqui defendido, tomo a liberdade de reproduzir parte da ementa do acórdão CARF 1402-002.373, que assim dispõe:

O simples emprego de companhias holdings em estrutura de aquisição de investimento, ainda que com a finalidade de viabilizar e promover a compra de

participações societárias, denominadas empresas veículo, não basta para justificar a glosa do ágio verificado em tais operações. A alocação de recursos e investimentos em empresa controlada não operacional, principalmente quando procedida por grupos estrangeiros que almejam participar do mercado brasileiro, é manobra não só lícita, como também justificável e costumeira, dentro da dinâmica de um mercado globalizado. Deve ser verificada, de forma concreta e objetiva, a presença dos requisitos econômicos, financeiros e contábeis da formação do ágio, à luz das previsões dos artigos 385 e 386 do RIR/99, para o seu devido aproveitamento como despesa dedutível, independentemente das formas e modelos negociais adotados, desde que lícitos.

Além disso, tem razão a impugnante quando aponta que é falho o entendimento da fiscalização que considera a titularidade dos recursos empregados na aquisição dos investimentos como critério principal para a determinação do real investidor. Tal raciocínio, se adotado de maneira geral, conduziria, em última análise, à conclusão de que nem mesmo seria a AIOI a efetiva investidora, mas seus sócios – afinal, eles é que foram os responsáveis pelos aportes financeiros na empresa. Ou, pior, no caso de financiamento obtido junto a terceiros, como uma instituição financeira, por exemplo, concluir-se-ia que é esta a real investidora e que, portanto, o direito à amortização do ágio somente surgiria com a confusão patrimonial envolvendo a empresa investida e a instituição financeira. Por óbvio, tais entendimentos são absurdos e não foram aventados no caso concreto, mas diante da ausência da verificação de atos ilícitos, tal exercício faz-se necessário para demonstrar que o raciocínio esposado para fundamentar a autuação, quando aplicado a todas as situações cabíveis (e não de maneira seletiva), não se sustenta.

Pelo exposto, concluo que, salvo se houvesse comprovação de atos praticados com fraude, dolo ou simulação, com o intuito de se esquivar ao pagamento dos tributos devidos (o que não foi apontado nos autos), o fato de ter sido utilizada empresa intermediária para a implementação da operação em exame e que esta recebeu financiamento estrangeiro não é suficiente, por si só, para invalidar o negócio jurídico e negar os efeitos tributários do pagamento de sobrepreço na aquisição de investimento com fundamento em expectativa de rentabilidade futura.

Neste ponto, conforme já apontado no acórdão recorrido, ficou demonstrado que a **acusação de utilização de empresa-veículo per se não desnatura o aproveitamento fiscal do ágio.**

Da mesma forma, **até a alteração da legislação pertinente ao ágio, não existia no art. 20 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977 a exigência de laudo.**

Com efeito, o parágrafo 3º do artigo 20 do Decreto-Lei nº 1.598/77 exigia para o ágio ou deságio fundamentado no valor de mercado de ativos ou expectativa de rentabilidade um “demonstrativo”, que seria arquivado como comprovante de sua escrituração.

Nesse aspecto, também não discorda desse posicionamento o acórdão recorrido:

Entendo, da leitura desse dispositivo, que é exigido que o demonstrativo mencionado exista na data da escrituração contábil do ágio gerado na aquisição de participação societária, tendo em vista que o documento deve servir como comprovante para a escrituração contábil do registro inicial do ágio.

Nesse sentido, embora a legislação vigente à época dos fatos não estabeleça a forma de que deve ser revestida tal demonstração, depreendo que esta deve ser contemporânea aos fatos¹⁴ e existir na data do registro da aquisição da participação societária, com vistas ao seu desdobramento contábil, conforme determina a legislação. Em outras palavras, deve-se conhecer o fundamento econômico que deu suporte ao pagamento do sobrepreço na aquisição do investimento na data do registro inicial do ágio. Assim, a dedutibilidade do ágio com base em expectativa de rentabilidade futura requer que o valor de aquisição do investimento esteja lastreado em demonstração prévia¹⁵.

Sobre este ponto, a Recorrente insiste que tal exigência formal, assim como as formalidades apontadas pela D. Fiscalização não se sustentam, dada a validade do laudo apresentado pela Recorrente e produzido por auditoria especializada, com base em informações disponíveis da época.

A Recorrente apresentou, em sede de fiscalização, laudo de avaliação emitido pela KPMG em **15 de janeiro de 2014** (Doc. 11 – Laudo KPMG – fls. 1.668/1.701 dos autos), elaborado a partir das informações contidas em laudo anteriormente elaborado pela própria KPMG em **janeiro de 2008** (Doc. 12 – Laudo KPMG 2008 – fls. 1.703/1.762).

Este laudo de 2008 não foi apresentado anteriormente em função de conter informações sigilosas relativas não só à operação da Recorrente, mas também em relação ao investimento feito pelo Grupo Anglo na aquisição da MMX MR.

Tais informações, relativas a esta outra operação e irrelevantes ao tema dos autos, estão tarjadas/ilegíveis no documento apresentado na Impugnação, sem que isso leve a qualquer prejuízo da compreensão do documento para o assunto em debate.

Sobre este ponto, entendo que o laudo de 2008 já seria suficiente para comprovar o pleito da Recorrente, contudo ela ainda apresenta ata da reunião realizada em 16 de abril de 2007 (**Doc. 01**), em que foi deliberada pelo Grupo Anglo American (Anglo American PLC) a aquisição das participações societárias nas empresas envolvidas no Projeto Minas-Rio.

Na ocasião, foi preparado documento que tinha por intuito apresentar a proposta de aquisição das ações da CAPMR (controladora da Recorrente e da AAPM) (**Doc. 02**).

A transação pretendida era internamente denominada de “Project Cathay” ou “Minas Rio Project”.

Com tal documento integral e devidamente traduzido, a Recorrente supre o ônus comprobatório que foi indicado no acórdão recorrido, nos termos do art. 16, §4º, do Decreto n.

70.235/1972, e evidencia a formação do preço e, conseqüentemente, do ágio, devendo ser revertida a glosa.

A meu ver, portanto, afastadas as acusações fiscais, **deve ser revertida a glosa do ágio amortizado e deve ser provido o recurso voluntário.**

Finalmente, quanto ao questionamento relativo à aplicação de multas (de ofício e isolada), entendo que a discussão perde objeto em face do cotejamento favorável à pretensão recursal ao recorrente.

Recurso de Ofício

O Recurso é tempestivo e preenche os demais requisitos de admissibilidade. Logo, dele tomo conhecimento.

Conforme relatado, extrai-se do termo de verificação fiscal a acusação de que a parcela de valores, dentre aqueles depreciados a título de “Ativo Diferido”, referentes à “Juros Capitalizados” foi glosada, em consequência da falta de amparo legal à citada dedução, quando houve concomitantemente sua exclusão do Lucro Real e da Base de Cálculo da CSLL. Uma vez que os valores já haviam sido depreciados e conseqüentemente afetado o resultado contábil, não caberia uma duplicação do não oferecimento dos valores à tributação através de exclusão na apuração das bases de cálculo tributárias.

Como bem resumido pela relatora do acórdão recorrido:

Segundo o Termo de Verificação Fiscal, valores que compunham a rubrica "Outras Exclusões", registrada no Livro de Apuração do Lucro Real (Lalur), decorrente de amortização de despesas pré-operacionais incorridas pelo sujeito passivo, estariam sendo deduzidas em duplicidade na apuração do Lucro Real e da base de cálculo da CSLL. Entre 2015 e 2017, esses valores totalizaram, por ano, R\$ 80.115.339,96, resultante de amortização à razão de 1/120 por mês (ou seja, pelo prazo máximo de 10 anos, nos termos da legislação aplicável), e seriam referentes ao ativo constituído durante a fase pré-operacional da empresa durante a construção de estruturas do Porto do Açu. A principal despesa ativada referia-se a juros capitalizados, e desde outubro de 2014, os quais estariam sendo amortizados de forma linear desde outubro de 2014, início da atividade operacional da empresa.

Conforme relatado pela autoridade fiscal, da análise da documentação disponível na base de dados da Receita Federal e daquela entregue pelo sujeito passivo, teria sido constatado que, apesar dos juros capitalizados terem passado a integrar o ativo imobilizado, o qual, por sua vez, passou a ser objeto de depreciação, a parte B do Lalur e do Lacs foi debitada em R\$ 601.137.705,22, em 2014, por referência aos mesmos Juros Capitalizados. Esse valor começou, então, a ser excluído na parte A dos livros mencionados, a título de "Outras Exclusões", à razão de 1/120 ao mês (prazo de 10 anos). Nesse sentido, restaria configurada a dedução em

duplicidade dos referidos juros capitalizados, reduzindo indevidamente as bases tributárias.

Já a impugnante, conforme descrito no Relatório deste voto, questionou o cálculo realizado pela autoridade fiscal que teria resultado na glosa de R\$ R\$ 50.094.808,77 em cada um dos anos- calendário de 2015, 2016 e 2017, por não restar claras as premissas adotadas para se chegar ao referido valor.

Ademais, esclareceu em detalhes a metodologia utilizada justamente para neutralizar as diferenças nas apurações contábil e fiscal no tocante à amortização dos juros ativados em fase pré- operacional da empresa, para fins de chegar à base de cálculo do IRPJ e da CSLL em conformidade com a legislação tributária. Nesse sentido, demonstrou os lançamentos realizados para neutralizar tais diferenças, assim como evitar a dedução em duplicidade dos valores em discussão.

Cabe notar ainda que, ao realizar essa demonstração em sua peça de defesa, reconheceu ter cometido equívoco em alguns cálculos, o que teria resultado na incompleta neutralização das deduções em duplicidade, restando ainda montantes que teriam reduzido indevidamente as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL referentes aos juros capitalizados - o valor da adição mensal necessária seria de R\$ 2.003.792,35, ao passo que a adição mensal efetivamente realizada pelo sujeito passivo no período de apuração foi de R\$ 1.113.217,97. Por isso, informou ter realizado o parcelamento dos tributos referentes a esses valores, acrescidos de multa de ofício e juros, mediante pagamento da primeira parcela, conforme DARF juntado ao processo (tis. 1986 a 1987), com os descontos previstos no art. 6º, inciso li, da Lei nº 8.218/1991.

Pois bem, verifica-se dos autos que a DRJ converteu o julgamento em diligência para se verificar os argumentos aduzidos pela contribuinte:

Em sessão de julgamento realizada no dia 16 de setembro de 2021, esta Turma decidiu pelo retorno do processo à unidade de origem para que fossem prestados, pela autoridade fiscal, esclarecimentos necessários para que se pudesse apreciar a matéria em sua inteireza e proferir o acórdão de decisão sobre o litígio em questão. Na ocasião, foram solicitadas as seguintes providências, por meio da Resolução 101-000.282:

Esclarecer as premissas adotadas para chegar ao valor de glosa de R\$ 50.094.808,77 para cada período de apuração fiscalizado e se de fato ocorreu a dedução em duplicidade desse valor, conforme relatado na página 7 do Termo de Verificação Fiscal, isto é, se a depreciação do ativo imobilizado que transitou pelo resultado da empresa e as exclusões verificadas na Parte A do Lalur e do Lacs geraram deduções em duplicidade no valor de R\$ 50.097.808,77 nos anos de 2015, 2016 e 2017

Considerar laudo apresentado pelo contribuinte constante das fls. 2184 a 2240;

Considerar e manifestar-se também a respeito das alegações do contribuinte constantes dos itens 326 a 343 da impugnação (fls. 1173 a 1178), a fim de que se constate se houve a neutralização alegada

2) Manifestar-se acerca das alegações do contribuinte de que o valor correto a ser adicionado, para fins de neutralização de dedução em duplicidade, é a parcela da depreciação do ativo imobilizado relativa aos juros capitalizados, e não a amortização do ativo diferido

Considerar explicações do contribuinte a respeito do amparo legal para a amortização do ativo diferido, conforme delineado no Relatório e no Voto acima

3) Manifestar-se acerca das premissas, metodologia de cálculo e valores apresentados pelo contribuinte como o que seriam os montantes corretos a serem adicionados à base de cálculo do IRP.1 e da CSLL para fins de neutralizar a dedução em duplicidade dos juros capitalizados, conforme itens 317 a 325 da peça de defesa (fls. 1169 a 1173).

O Parecer Fiscal elaborado pela autoridade fiscal em resposta aos esclarecimentos solicitados confirmou que, de fato, houve equívoco no cálculo que resultou na glosa de R\$ 50.094.808,77. Além disso, corroborou os esclarecimentos fornecidos pela impugnante em sua peça de defesa, no sentido de que estaria correta e comprovada a metodologia por ela adotada para a neutralização das diferenças nas apurações contábil e fiscal das bases tributárias de IRPJ e da CSLL, aí incluídos os lançamentos demonstrados em sua documentação que foram efetuados para evitar a exclusão dos mesmos valores em duplicidade, objeto da discussão no presente processo.

Portanto, em relação a este ponto da acusação fiscal, assiste razão à impugnante, conforme demonstrado em sua peça de defesa e corroborado pela autoridade lançadora.

Assim, verifica-se que a própria unidade de origem confirmou o equívoco no cálculo que resultou na glosa. Desta forma, por concordar com a decisão recorrida adoto-a nesta parte, de modo que ele deve ser mantido pelos próprios fundamentos, nos termos autorizados pelo §12 do art. 114 do RICARF:

Art. 114. As decisões dos colegiados, em forma de acórdão ou resolução, serão assinadas pelo presidente, pelo relator, pelo redator designado ou por conselheiro que fizer declaração de voto, devendo constar, ainda, o nome dos conselheiros presentes, ausentes e impedidos ou sob suspeição, especificando-se, se houver, os conselheiros vencidos, a matéria em que o relator restou vencido e o voto vencedor.

(...)

§12. A fundamentação da decisão pode ser atendida mediante: I - declaração de concordância com os fundamentos da decisão recorrida; e II – referência a súmula

do CARF, devendo identificar seu número e os fundamentos determinantes e demonstrar que o caso sob julgamento a eles se ajusta.

Por esse motivo, nego provimento ao recurso de ofício.

Conclusão

Ante o exposto, voto para: i) negar provimento ao recurso de ofício; ii) dar provimento ao recurso voluntário.

Assinado Digitalmente

Jeferson Teodorovicz