



**MINISTÉRIO DA FAZENDA**  
**CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS**  
**CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS**

**Processo n°** 10183.721770/2011-11  
**Recurso n°** Especial do Procurador e do Contribuinte  
**Acórdão n°** 9101-003.533 – 1ª Turma  
**Sessão de** 04 de abril de 2018  
**Matéria** IRPJ  
**Recorrentes** RENOSA INDÚSTRIA BRASILEIRA DE BEBIDAS S/A e  
FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2007, 2008, 2009, 2010

INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADE. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. TRANSFERÊNCIA DE ÁGIO. PLANEJAMENTO FISCAL.

O *caput* do artigo 7º da Lei nº 9.532/1997 remete a dedutibilidade da amortização do ágio, fundado em expectativa de rentabilidade futura, para fins de cálculo do lucro real, à exigência de que a participação societária na pessoa jurídica incorporada tenha sido adquirida com esse ágio pela incorporadora. Já o artigo 8º da Lei nº 9.532/1997 permite a dedução da despesa de amortização do ágio baseado em expectativa de rentabilidade futura, nos casos em que a pessoa jurídica incorporadora adquirir a participação societária na incorporada com a referida mais valia. Ademais, sobreleva-se dos citados dispositivos legais que a influência do ágio no resultado tributável pelo IRPJ só tem amparo legal se houver a confusão patrimonial entre a investidora e a investida, momento em que o investimento adquirido com ágio torna-se extinto.

**ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL**

Ano-calendário: 2007, 2008, 2009, 2010

INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADE. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. EFEITOS NA BASE DE CÁLCULO DA CSLL. VEDAÇÃO.

Os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 instituíram regras específicas às hipóteses de fusão, cisão e incorporação que são exclusivas ao âmbito do IRPJ, como bem explicitam os incisos III e IV do *caput* do antedito artigo 7º, ao estabelecerem que as influências da amortização do ágio baseado na alínea "b" do § 2º do artigo 20 do Decreto-lei nº 1.598/1977 estão restritas à apuração do lucro real, uma vez ausente da redação de tais dispositivos da Lei nº 9.532/1997 qualquer referência à apuração da base de cálculo da CSLL.

**ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO**

Ano-calendário: 2007, 2008, 2009, 2010

**MULTA QUALIFICADA. EMPREGO DE EMPRESA VEÍCULO. AUSÊNCIA DE PROPÓSITO ECONÔMICO.**

O emprego de empresa veículo, despida de propósito econômico, com o fim de dar a aparência de obediência aos requisitos de dedutibilidade do ágio amortizado, previstos nos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, autoriza a aplicação da multa qualificada, prevista no artigo 44, § 1º, da Lei nº 9.430/1996, para os fatos geradores ocorridos a partir do ano-calendário de 2007.

**JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO.**

A obrigação tributária principal compreende tributo e multa de ofício proporcional. Sobre o crédito tributário constituído, incluindo a multa de ofício, incidem juros de mora, devidos à taxa Selic.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial do Contribuinte e, no mérito, em negar-lhe provimento (i) por voto de qualidade, em relação ao ágio, vencidos os conselheiros Cristiane Silva Costa (relatora), Luís Flávio Neto, Daniele Souto Rodrigues Amadio e Gerson Macedo Guerra, que lhe deram provimento e (ii) por maioria de votos, em relação aos juros de mora sobre a multa de ofício, vencidos os conselheiros Luís Flávio Neto, Daniele Souto Rodrigues Amadio e Gerson Macedo Guerra, que lhe deram provimento. Acordam, ainda, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial da Fazenda Nacional e, no mérito, por voto de qualidade, em dar-lhe provimento, vencidos os conselheiros Cristiane Silva Costa, Luís Flávio Neto, Daniele Souto Rodrigues Amadio e Gerson Macedo Guerra, que lhe negaram provimento. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro Flávio Franco Corrêa.

(assinado digitalmente)

Adriana Gomes Rêgo - Presidente

(assinado digitalmente)

Cristiane Silva Costa – Relatora

(assinado digitalmente)

Flávio Franco Corrêa - Redator Designado

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: André Mendes de Moura, Cristiane Silva Costa, Rafael Vidal de Araújo, Luis Flávio Neto, Flávio Franco Corrêa, Daniele Souto Rodrigues Amadio, Gerson Macedo Guerra e Adriana Gomes Rêgo (Presidente).

**Relatório**

Trata-se de processo originado por Autos de Infração de IRPJ e CSLL relacionados à despesas de amortização de ágio, nos anos de 2007, 2008, 2009, 2010, com aplicação de multa de 150%. As infrações são descritas no Termo de Verificação Fiscal (fls. 47):

*Isto posto, tem-se que dos valores deduzidos a título de amortização de ágio da base de cálculo do imposto de renda – IRPJ e da contribuição social sobre o lucro líquido – CSLL, (...) com exceção do ágio relativo à aquisição societária da Companhia Maranhense de Refrigerantes – CMR que não fora adicionada para apuração da CSLL, cujo fato será tratado em termo específico, os demais valores são decorrentes da operação de incorporação, em 01/0/2007, da Leonvin Participações (...), a qual detinha, formalmente, 40% de participação no capital da fiscalizada, adquirida, em 24/01/2005, por 135.400.000,00 (...), sendo 61.657.096,00 relativo ao valor do patrimônio líquido da participação, e R\$ 73.742.904,00 relativo ao pagamento de ágio fundamentado na rentabilidade futura da investida (laudo de Avaliação anexo)*

*Ocorre que da análise detalhada dos documentos apresentados pela fiscalizada como sendo relativos à operação de compra e venda de 40% do seu patrimônio líquido para a Leonvin Participações, infere esta equipe de fiscalização que o envolvimento desta última (Leonvin) fora meramente uma formalidade engendrada com o intuito único e exclusivo de reduzir o pagamento do imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro, amortizando ágio de si mesma (...) conforme passaremos a pormenorizar os atos e fatos formadores das provas, seja indiciária ou material, que em um raciocínio lógico, não leva a outra verdade a não ser àquela de que o negócio com a Leonvin trata-se de um ato jurídico simulado.*

#### **DA LEONVIN PARTICIPAÇÕES**

*Ou seja, a Leonvin foi sempre uma empresa que nunca operou de fato, servindo apenas como instrumento de um mecanismo tendente a evitar o fisco federal conhecer a extensão, a natureza ou circunstâncias materiais, bem como as reais características essenciais de um negócio jurídico com repercussão tributária.*

#### **DA OPERAÇÃO DE COMPRA E VENDA DE 40% DO PL DA RENOSA**

*Ao contrário do que quer fazer crer a fiscalizada, a operação de compra e venda de 40% de seu capital, na verdade não ocorreu entre sua controladora Refrigerantes do Nordeste S.A. e a Leonvin Participações. Na realidade esse negócio foi celebrado diretamente, de fato e formalmente, entre a primeira e a investidora estrangeira, a Forsab Investments (Proprietary) Limited, pelos motivos adiante aduzidos.*

O contribuinte apresentou impugnação administrativa, decidindo a Delegacia da Receita Federal em Campo Grande pela manutenção do lançamento (fls. 1989):

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

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

*OPERAÇÃO ENTRE EMPRESAS DO MESMO GRUPO. ÁGIO. FALTA DE FUNDAMENTO ECONÔMICO. INEFICÁCIA PARA FINS TRIBUTÁRIOS.*

*O ágio sem fundamento econômico e oriundo de operação realizada entre empresas do mesmo grupo, ou de alguma forma ligadas entre si, é ineficaz perante o Fisco, não podendo a respectiva amortização ser deduzida da base de cálculo do IRPJ.*

*MULTA QUALIFICADA. ÁGIO FICTÍCIO. DOLO. CARACTERIZAÇÃO.*

*O registro contábil e a subsequente amortização de ágio fictício caracteriza conduta dolosa, autorizando a aplicação de multa qualificada.*

*JUROS DE MORA. INCIDÊNCIA SOBRE A MULTA. FATO NÃO OCORRIDO. CONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE.*

*A cobrança de juros de mora sobre a multa de ofício só é passível de impugnação a partir do momento em que o fato se materializar, sendo defeso ao órgão de julgamento conhecer a impugnação e apreciar a matéria preventivamente.*

*ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL*

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

*OPERAÇÃO ENTRE EMPRESAS DO MESMO GRUPO. ÁGIO. FALTA DE FUNDAMENTO ECONÔMICO. INEFICÁCIA PARA FINS TRIBUTÁRIOS.*

*O ágio sem fundamento econômico e oriundo de operação realizada entre empresas do mesmo grupo, ou de alguma forma ligadas entre si, é ineficaz perante o Fisco, não podendo a respectiva amortização ser deduzida da base de cálculo da CSLL.*

*MULTA QUALIFICADA. ÁGIO FICTÍCIO. DOLO. CARACTERIZAÇÃO.*

*O registro contábil e a subsequente amortização de ágio fictício caracteriza conduta dolosa, autorizando a aplicação de multa qualificada.*

*JUROS DE MORA. INCIDÊNCIA SOBRE A MULTA. FATO NÃO OCORRIDO. CONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE.*

*A cobrança de juros de mora sobre a multa de ofício só é passível de impugnação a partir do momento em que o fato se*

*materializar, sendo defeso ao órgão de julgamento conhecer a impugnação e apreciar a matéria preventivamente.*

*Impugnação Improcedente*

*Crédito Tributário Mantido*

O contribuinte apresentou recurso voluntário, ao qual a 1ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da Primeira Seção deste Conselho decidiu **dar provimento parcial**, apenas para desqualificar a multa de ofício (fls. 2454):

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

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

*OPERAÇÃO ENTRE EMPRESAS DO MESMO GRUPO. ÁGIO. FALTA DE FUNDAMENTO ECONÔMICO. INEFICÁCIA PARA FINS TRIBUTÁRIOS.*

*O ágio sem fundamento econômico e oriundo de operação realizada entre empresas do mesmo grupo, ou de alguma forma ligadas entre si, é ineficaz perante o Fisco, não podendo a respectiva amortização ser deduzida da base de cálculo do IRPJ.*

*MULTA QUALIFICADA. ÁGIO FICTÍCIO. DOLO. AUSÊNCIA. DESCARACTERIZAÇÃO.*

*Não restando inequivocamente demonstrado o evidente intuito doloso da contribuinte, a multa de ofício deve ser desqualificada.*

*JUROS DE MORA. INCIDÊNCIA SOBRE A MULTA.*

*Em se tratando de tributo não pago, a multa deve incidir sobre a totalidade do crédito tributário que deixou de ser recolhido, incluindo-se nele a correção monetária e os juros.*

*LANÇAMENTO DECORRENTE. CSLL.*

*A decisão adotada em relação ao IRPJ também se aplica ao lançamento da CSLL, em virtude da íntima relação de causa e efeito que os une.*

Os autos foram remetidos à Procuradoria em 03/03/2015 (fls. 2483), que interpôs recurso especial em 10/03/2015 (fls. 2484). Neste recurso alega divergência na interpretação da lei tributária a respeito da **multa qualificada**, constando como paradigmas os acórdãos: **(i) 1101-000899** (processo administrativo nº 19515.005924/2009-77) e **(ii) 1101-000.913** (processo administrativo nº 16643.000421/201095).

O recurso especial foi admitido pela Presidente da 4ª Câmara da Primeira Seção do CARF com relação ao primeiro paradigma: **1101-000899** (fls. 2506), conforme decisão cujos trechos são colacionados a seguir:

*Para fins de análise, tem cabimento transcrever excertos do acórdão apresentado como paradigma:*

*Acórdão nº1101-000.899, de 11.06.2013 (...)*

*Examinando o acórdão paradigma verifica-se que o mesmo traz o entendimento de que se sujeita a multa qualificada a exigência tributária decorrente da prática de negócio jurídico fictício, que se presta, apenas, a construir um cenário semelhante à hipótese legal que autoriza a amortização do ágio pago na aquisição de investimentos.*

*O acórdão recorrido, por seu turno, vem considerar que não restando inequivocamente demonstrado o evidente intuito doloso da contribuinte, a multa de ofício deve ser desqualificada. Ademais, está ausente o elemento subjetivo na prática do ilícito, ou seja, a intenção de praticar o ato e de produzir o resultado e que e na maioria dos lançamentos que versam sobre a presente matéria, a multa de ofício não é qualificada.*

*Portanto, as conclusões sobre a matéria ora recorrida no acórdão examinado revelam-se discordantes, restando plenamente configurada a divergência jurisprudencial apontada pela PGFN.*

*O outro paradigma é da mesma Turma, e por essa razão não pode ser considerado, em conformidade com o art. 67 do Anexo II do RICARF.*

*Do exame dos requisitos de admissibilidade estabelecidos nos arts. 67 e 68 do Anexo II do RICARF, verifica-se que o recurso especial deve ser admitido, pois existe a divergência jurisprudencial indicada.*

O contribuinte foi intimado em 30/07/2018(fl. 2531), apresentando contrarrazões ao recurso especial em 04/08/2015 (fls. 2533). Em síntese, o contribuinte sustenta:

- (i) a inadmissibilidade do recurso especial, pois seria necessário o reexame da matéria fático-probatória;
- (ii) no mérito, a insubsistência da multa qualificada, por ausência de dolo, fraude ou simulação. Subsidiariamente, sustenta que não deveria ser mantida a multa qualificada mesmo se considerado o negócio jurídico como indireto. Pede, assim, seja negado provimento ao recurso especial.

O contribuinte, também em 04/08/2015, apresentou embargos de declaração, apontando omissões, erros materiais e obscuridades no acórdão da Turma Ordinária (fls. 2561).

A Turma Ordinária decidiu por acolher em parte os embargos de declaração, sem atribuição de efeitos infringentes (fls. 2611). O acórdão restou assim ementado:

*ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL*

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

*EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ACOLHIMENTO PARCIAL.*

*Acolhem-se parcialmente os embargos declaratórios, sem efeitos infringentes, apenas para esclarecimentos à embargante, quando as omissões, erros materiais e obscuridades constatadas não tiverem o condão de alterar o que restou decidido pela decisão embargada.*

Em síntese, a Turma corrigiu **erros materiais**, consistentes em equivocada menção **(a)** a empresa estranha ao processo (CVI Refrigerantes), **(b)** quanto a matéria não tratada em recurso voluntário (adicional do IRPJ) e supriu **omissão** sobre nulidade do acórdão da DRJ, nos termos do art. 146, do CTN.

A Procuradoria foi intimada do acórdão, apenas ratificando seu recurso especial a respeito da multa qualificada (fls. 2627).

Anteriormente à sua intimação formal, o contribuinte interpôs recurso especial em 02/06/2016 (fls. 2631/2632), No recurso, alega divergência na interpretação da lei tributária a respeito dos seguintes temas:

(i) quanto à **dedutibilidade dos encargos com amortização de ágio**, apresentando como paradigmas os acórdãos: **1302-001.150** e **1302-001.182**, que teriam interpretado os artigos 7º e 8º, da Lei nº 9.532/1997 e artigo 386 de forma distinta do recorrido;

(ii) relativamente à dedutibilidade dos encargos com amortização de ágio na **base de cálculo da CSLL**, indicando-se como acórdãos paradigmas os de nº **1201-001.237** e **103-22749**, que teriam divergido na interpretação do artigo 57, da Lei nº 8.981/1995;

(iii) incidência dos juros de mora sobre a multa de ofício, com paradigmas nº **1103-00.193** e **1202-001.096**, em interpretação ao artigo 161, do CTN e 61, da Lei nº 9.430/1996.

O recurso especial foi parcialmente admitido, por decisão do Presidente da 4ª Câmara da Primeira Seção:

*a) Validação da amortização de ágio produzido através da aquisição de participação societária entre empresas independentes com o uso de empresa veículo. Acórdãos Paradigmas n. 1302-001.150 e 1302 001.182 Legislação: artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97 e Art. 386 do RIR/99).(...)*

*c) Quanto à incidência de juros sobre a multa de ofício. Acórdãos Paradigmas nº 110300.193 e 1202-001.096. Legislação: artigos 161 do CTN e 61 da Lei nº 9.430/96*

*Atendidos os pressupostos de tempestividade e legitimidade, e tendo a recorrente comprovado a divergência jurisprudencial para parte das matérias contestadas, DOU SEGUIMENTO PARCIAL ao recurso especial (arts. 67 e 68 do Anexo II do Regimento Interno do CARF.*

A Procuradoria foi intimada, apresentando contrarrazões ao recurso especial em (fls. 3398), requerendo seja negado provimento ao recurso especial do contribuinte quanto às duas matérias admitidas.

O contribuinte foi intimado quanto à decisão do Presidente de Câmara em 22/12/2016 (fls. 3432), apresentando agravo em 27/12/2016 (fls. 3433).

O Presidente da CSRF decidiu por manter a decisão do Presidente de Câmara, negando conhecimento ao tema relacionado à base de cálculo da CSLL (fls. 3457). O contribuinte foi regularmente intimado desta decisão em 29/03/17 (fls. 3475).

É o relatório.

## Voto Vencido

Conselheira Cristiane Silva Costa, Relatora

Adoto a decisão da Presidente de Câmara para **conhecimento do recurso especial do contribuinte**, passando a analisar o seu mérito. Lembro que a Procuradoria não questionou o conhecimento do recurso em contrarrazões.

### Ágio

As operações que originaram o ágio em discussão nos autos foram assim descritas pelo auditor fiscal autuante:

#### *DA LEONVIN PARTICIPAÇÕES*

*A empresa LEONVIN PARTICIPAÇÕES LTDA. (...) foi constituída em 10 de dezembro de 2004 (...) os sócios da empresa eram as pessoas físicas Senhor Jobelino Vitoriano Locateli (...) e José Tavares de Lucena (...).*

*Em 11 de janeiro de 2005 houve a 1ª Alteração e Consolidação do Contrato Social (...), houve as seguintes alterações no quadro societário Jobelino Vitoriano Locateli retirou-se da sociedade, cedendo e transferindo para o novo sócio BEBIDAS LATINAS LTD., sociedade organizada e existente de acordo com as Leis da Ilha Jersey (...) a totalidade de suas quotas (...); José Tavares de Lucena retirou-se da sociedade, cedendo e transferindo para o novo sócio ABACUS (NOMINES) LIMITED, sociedade organizada e existente de acordo com as Lei das Ilha Jersey, com sede social localizada na Motte Chambers (...), a totalidade de suas quotas.*

*Vale ressaltar o fato das novas sócias terem sido constituídas no mesmo dia, tendo inclusive a identificação do CNPJ sequencial. Cerca de um mês depois de sua constituição, as novas sócias, empresas estrangeiras, aprovaram a mudança do objeto social*

*da sociedade que passou a ser a administração de bens e ativos próprios e a participação societária na fiscalizada. (...)*

*Apenas dois dias após a citada 1ª Alteração e Consolidação, em 013 de janeiro de 2005, ocorre a 2ª Alteração e Consolidação do Contrato Social. (...) os sócios estrangeiros BEBIDAS LATINAS LTD. e ABACUS (NOMINES) LIMITED aprovam a designação do Senhor Ricardo Torres de Melo (...) como diretor da sociedade para exercer suas funções em conjunto com o diretor anteriormente designado e investido, Senhor Jobelino Vitoriano Locateli. É de se salientar que, nesta mesma data, o Senhor Ricardo Torres de Melo também já exercia o cargo de diretor executivo da fiscalizada (...)*

*Na Reunião do Conselho de Administração da fiscalizada, realizada em 24 de janeiro de 2005, os conselheiros aprovaram a emissão de 10.066666 (...) ações ordinárias subscritas pela LEONVIN PARTICIPAÇÕES LTDA., com preço de emissão de R\$ 13.450,03 (...) por ação, perfazendo um investimento no montante de R\$ 135.400.000,00 (...), sendo, deste valor, R\$ 125.333.334,00 (...) a título de pagamento de ágio fundamentado em expectativa de rentabilidade futura da fiscalizada. As referidas ações foram, segundo consta deste mesmo ato, integralizadas em moeda corrente nacional, por meio de transferência bancária para a conta da Renosa.*

*No mesmo dia 24 de janeiro de 2005, foi realizada a 3ª Alteração e Consolidação do Contrato Social (...). Nesta ocorre um aumento do capital da Leonvin pelas sócias estrangeiras (...) no montante expressivo de R\$ 135.924.000,00 (...), passando o capital social de R\$ 1000,00 (...) para considerável cifra de R\$ 135.925.000,00 (...), mediante a emissão de R\$ 135.924.000,00 novas quotas, no valor nominal de R\$ 1,00. (...) Ainda na alteração contratual em comento, as sócias estrangeiras aprovam o suposto investimento correspondente a 40% (...) do capital da fiscalizada, visando à realização do objetivo social da sociedade, com a respectiva subscrição de 10.066.666 (...) ações ordinárias de emissão da Renosa.*

*A 4ª Alteração e Consolidação de Capital, datada de 04 de julho de 2007 (...) as sócias estrangeiras resolvem reduzir o capital social de R\$ 2.900.000,00 (...), com o consequente cancelamento de 2.900.000,00 (...) quotas do capital social. (...)*

*Por derradeiro, conforme consta na Ata de Assembleia Geral Extraordinária da fiscalizada, realizada em 01 de setembro de 2007 e registrada na JUCEMAT em 25/09/2007, ocorre a aprovação acerca da incorporação da LEONVIN PARTICIPAÇÕES LTDA. pela Renosa (...)*

Diante disso, tratarei no presente voto da possibilidade de surgimento de ágio com a utilização de holding de investimento, denominada informalmente de "empresa veículo", como também a artificialidade (ou não) da criação da LEONVIN PARTICIPAÇÕES LTDA. pela Recorrente.

O lançamento tributário e o acórdão recorrido tratam da interpretação dos artigos artigo 7º e 8º, da Lei nº 9.532/1997. Lembro o teor do artigo 7º, da Lei nº 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) (...)*

*§ 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.*

E a previsão do artigo 8º, da Lei nº 9.532/1997, *verbis*:

*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.*

Em comentários aos citados dispositivos legais, Marcos Vinicius Neder e Lavínia Moraes de Almeida Nogueira Junqueira tratam da possibilidade de holding e incorporação reversa, sem prejuízo do reconhecimento do ágio dedutível:

*A Lei nº 9.532/1997 expressamente veio a permitir a dedução do ágio, no caso da "incorporação reversa", algo que não estava claro na legislação anterior. Ou seja, o ágio passou a ser dedutível também no momento em que a investida incorpora a investidora. Trata-se, claramente, da incorporação da investidora direta. Essa permissão expressa que autoriza deduzir o ágio na "incorporação reversa" teve como objetivo estimular o interesse da iniciativa privada na aquisição de participação societária em empresas públicas em fase de privatização. (...)"*

*A Lei não proibiu o aproveitamento do ágio no caso de incorporação de empresas holdings, constituídas pelos controladores indiretos com o propósito de adquirir, consolidar e gerir a participação na empresa investida. Não apenas isso não foi proibido como foi expressamente autorizado, na medida em que a Lei permitiu a dedução do ágio no caso da incorporação reversa pela empresa investida na empresa que nela detém a participação acionária e estimulou os processos de privatização (...)*

*A norma tributária, ao conceder o incentivo tributário de aproveitamento do ágio na Lei 9.532/1997, não fez restrição ao uso de holdings, muito pelo contrário as incentivou, como comentamos anteriormente, inclusive ao permitir a dedução do ágio na incorporação reversa. Assim, a mera existência da Instrução CVM 349/2001, que dispõe sobre o tratamento contábil do ágio na incorporação reversa de holdings em empresas de capital aberto, e a existência dos procedimentos contábeis nela sugeridos não afetam em nada a possibilidade de dedução do ágio na incorporação reversa da holding. (...)*

*A Lei não restringiu a apuração ou a dedução fiscal de ágio quando a empresa incorporada, adquirente do investimento,*

*fosse empresa pura de holding, ou quando a empresa tivesse recebido recursos de seu sócio ou acionista em aumento de capital, ou ainda quando tivesse recebido a participação acionária em subscrição de ações de sua emissão. Logo, o tratamento de todas essas hipóteses, quando da incorporação reversa da holding Y, é alcançado, de forma equivalente, pela Lei" (Análise do Tratamento Contábil e Fiscal do Ágio em Estrutura de Aquisição ou Titularidade de Sociedades quanto há a Interposição de Holding, in Controvérsias Jurídico-Contábeis, 4ª Volume, São Paulo, Dialética, 2013, fls. 161, 162 e 179).*

No caso destes autos, a *LEOVIN PARTICIPAÇÕES LTDA.* constituiu "empresa veículo" para a aquisição de participação societária na Recorrente. Analisando-se a operação em sua integralidade, devidamente descrita no Termo de Verificação Fiscal, constata-se que houve dispêndio pela aquisição da Recorrente, que posteriormente incorporou a *LEONVIN*. Não há qualquer irregularidade nestas operações.

Acrescento que é legítima a transferência de ágio em operação societária, fundamentando-se a hipótese no artigos 248, da Lei nº 6.404/1976 e no artigo 20, do Decreto nº 1.598/1976.

O artigo 248, da Lei nº 6.404/1976 teve redação alterada nos anos de 2007 (Lei nº 11.638/2007) e 2008 (Medida Provisória nº 449/2008). Como tratamos nos autos de fatos ocorridos entre 2007 a 2010 reproduzo a seguir a redação vigente do dispositivo legal em cada um dos anos calendários.

No ano-calendário de 2007, a redação do artigo 248, da Lei nº 6.404/1976 era a seguinte:

*Art. 248. No balanço patrimonial da companhia, os investimentos em coligadas sobre cuja administração tenha influência significativa, ou de que participe com 20% (vinte por cento) ou mais do capital votante, em controladas e em outras sociedades que façam parte de um mesmo grupo ou estejam sob controle comum serão avaliados pelo método da equivalência patrimonial, de acordo com as seguintes normas: (Redação dada pela Lei nº 11.638, de 2007)*

*I - o valor do patrimônio líquido da coligada ou da controlada será determinado com base em balanço patrimonial ou balancete de verificação levantado, com observância das normas desta Lei, na mesma data, ou até 60 (sessenta) dias, no máximo, antes da data do balanço da companhia; no valor de patrimônio líquido não serão computados os resultados não realizados decorrentes de negócios com a companhia, ou com outras sociedades coligadas à companhia, ou por ela controladas;*

*II - o valor do investimento será determinado mediante a aplicação, sobre o valor de patrimônio líquido referido no número anterior, da porcentagem de participação no capital da coligada ou controlada;*

*III - a diferença entre o valor do investimento, de acordo com o número II, e o custo de aquisição corrigido monetariamente; somente será registrada como resultado do exercício:*

*a) se decorrer de lucro ou prejuízo apurado na coligada ou controlada;*

*b) se corresponder, comprovadamente, a ganhos ou perdas efetivos;*

*c) no caso de companhia aberta, com observância das normas expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários.*

*§ 1º Para efeito de determinar a relevância do investimento, nos casos deste artigo, serão computados como parte do custo de aquisição os saldos de créditos da companhia contra as coligadas e controladas.*

*§ 2º A sociedade coligada, sempre que solicitada pela companhia, deverá elaborar e fornecer o balanço ou balancete de verificação previsto no número I.*

No ano de 2008 e seguintes, aplica-se a redação conferida pela Medida Provisória nº 449/2008, publicada em 03 de dezembro daquele ano e posteriormente convertida na Lei nº 11.941/2009:

*Art. 248. No balanço patrimonial da companhia, os investimentos em coligadas ou em controladas e em outras sociedades que façam parte de um mesmo grupo ou estejam sob controle comum serão avaliados pelo método da equivalência patrimonial, de acordo com as seguintes normas: (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)*

*I - o valor do patrimônio líquido da coligada ou da controlada será determinado com base em balanço patrimonial ou balancete de verificação levantado, com observância das normas desta Lei, na mesma data, ou até 60 (sessenta) dias, no máximo, antes da data do balanço da companhia; no valor de patrimônio líquido não serão computados os resultados não realizados decorrentes de negócios com a companhia, ou com outras sociedades coligadas à companhia, ou por ela controladas;*

*II - o valor do investimento será determinado mediante a aplicação, sobre o valor de patrimônio líquido referido no número anterior, da porcentagem de participação no capital da coligada ou controlada;*

*III - a diferença entre o valor do investimento, de acordo com o número II, e o custo de aquisição corrigido monetariamente; somente será registrada como resultado do exercício:*

*a) se decorrer de lucro ou prejuízo apurado na coligada ou controlada;*

*b) se corresponder, comprovadamente, a ganhos ou perdas efetivos;*

*c) no caso de companhia aberta, com observância das normas expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários.*

*§ 1º Para efeito de determinar a relevância do investimento, nos casos deste artigo, serão computados como parte do custo de aquisição os saldos de créditos da companhia contra as coligadas e controladas.*

*§ 2º A sociedade coligada, sempre que solicitada pela companhia, deverá elaborar e fornecer o balanço ou balancete de verificação previsto no número I.*

De toda sorte, respeitadas as condições tratadas pelo dispositivo da Lei nº 6.404/1976, desde a original redação, a Lei nº 6.404/1976 obrigava que o investimento adquirido fosse avaliado pelo método de equivalência patrimonial.

O artigo 20, do Decreto nº 1.598/1976 tinha a seguinte redação ao tempo dos fatos tratados nestes autos, regulando o desdobramento do custo de aquisição em ágio por rentabilidade futura:

*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.*

Consta do Regulamento do Imposto de Renda (Decreto nº 3.000/1999) reprodução da disposição legal em seu artigo 385, *verbis*:

*Art. 385. 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 (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20):*

*I - valor de patrimônio líquido na época da aquisição, determinado de acordo com o disposto no artigo seguinte; 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 inciso anterior.*

*§ 1º O valor de patrimônio líquido e o ágio ou deságio serão registrados em subcontas distintas do custo de aquisição do investimento (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20, § 1º).*

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

*I - valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade;*

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

*III - fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.*

Ao tratar do ágio sobre expectativa de rentabilidade futura, o artigo 20, do Decreto nº 1.598/1976 - como também sua reprodução no RIR/99 - trata indistintamente das hipóteses de aquisição da participação, sem qualquer restrição. Portanto, a exigência da aplicação do método de equivalência patrimonial decorre da própria lógica do artigo 248, da Lei nº 6.404/1976, como também do conceito adotado pelo artigo 20, do Decreto nº 1.598/1976.

A transferência de ágio efetuada pela Recorrida - em operações societárias descritas no relatório deste acórdão -, portanto, decorre da regular transferência de investimento em observância a estas normas.

Ressalto que o artigo 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, ao tratar da confusão patrimonial como condição da amortização do ágio não tem qualquer referência ao "investidor original". A exigência legal é de investimento adquirido com ágio, que poderá ser deduzido quando houver a confusão patrimonial pela empresa que detenha o investimento adquirido, ou mesmo pela própria investida caso ocorra incorporação reversa.

Ressalvo, por fim, que não vislumbro que o ágio gerado na operação acima referida é intragrupo, como julgou a Turma *a quo*. Em que pese a capitalização da LEONVIN tenha ocorrido quando as empresas estrangeiras já eram sócias desta pessoa jurídica, o contexto desta capitalização é evidente para a aquisição de participação societária na RENOSA, ora Recorrente.

Diante disso, voto por **conhecer e dar provimento ao recurso especial do contribuinte** quanto ao ágio.

#### Juros de Mora sobre a Multa de Ofício

Em precedentes desta Turma, pronunciei-me pela ilegitimidade da exigência de juros de mora sobre a multa de ofício (acórdãos 9101-003.053 e 9101-003.216, dentre outros).

Ocorre que, diante de reiterados julgamentos em que reitei vencida, curvo-me ao entendimento predominante do Colegiado, ponderando que a matéria é unicamente de

direito e há orientação prevalecente na jurisprudência do CARF pela manutenção da cobrança de juros sobre a multa.

A esse respeito, destaco voto elaborado pela Conselheira Adriana Gomes Rêgo, Presidente desta Turma e do CARF (acórdão 9101-003.376):

*A Lei nº 9.430, de 1996, estabelece, em seu art. 61, § 3º, que sobre os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal incidirão juros de mora à taxa SELIC. Veja-se (sublinhei):*

*Art. 61. Os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores ocorrerem a partir de 1º de janeiro de 1997, não pagos nos prazos previstos na legislação específica, serão acrescidos de multa de mora, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento, por dia de atraso. (...) § 3º Sobre os débitos a que se refere este artigo incidirão juros de mora calculados à taxa a que se refere o § 3º do art. 5º, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês do pagamento.(grifo nosso)*

*De outra banda, está estampado na Súmula CARF nº 5 que são devidos juros de mora sobre o crédito tributário não integralmente pago no vencimento. Confira-se (sublinhei):*

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

*Ora, contrariamente àquilo que alega a Contribuinte, dos arts. 113, § 1º, e 139 do CTN deflui que o crédito tributário, que decorre da obrigação principal, compreende tanto o tributo em si quanto a penalidade pecuniária, o que inclui, à toda evidência, a multa de ofício proporcional de caráter punitivo.*

*Vale transcrever os dispositivos:*

*Art. 113. A obrigação tributária é principal ou acessória.*

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

*Art. 139. O crédito tributário decorre da obrigação principal e tem a mesma natureza desta.*

*Sendo assim, outra não pode ser a interpretação da expressão “débitos decorrentes de tributos e contribuições” expressa no retrotranscrito art. 61 da Lei nº 9.430, de 1996, senão a de que abarca a integralidade do crédito tributário, incluindo a multa de ofício proporcional punitiva, constituída por ocasião do lançamento. Resta evidente que a multa de ofício proporcional,*

*lançada juntamente com o tributo devido, se não paga no vencimento, sujeita-se a juros de mora por força do disposto no art. 61, caput, da Lei nº 9.430, de 1997.*

*Aliás, se a intenção do legislador fosse limitar a aplicação do art. 61 apenas aos débitos principais de tributos e contribuições, bastaria suprimir o termo "decorrente", como bem pontua o Conselheiro Adolfo dos Santos Medes, no voto condutor do Acórdão nº 1401001.653:*

*É importante notar que no caput do art. 61, o texto é "débitos [...] decorrentes de tributos e contribuições" e não meramente "débitos de tributos e contribuições". O termo "decorrentes" evidencia que o legislador não quis se referir, para todas as situações, apenas aos tributos e contribuições em termos estritos.*

*Com base no art. 161, caput, do CTN, a Contribuinte insiste na tese de que os juros devem incidir apenas sobre valor do tributo, e não sobre valor de multa de ofício. Entretanto, o referido artigo estabelece a incidência de juros de mora sobre o "crédito não integralmente pago no vencimento", dispondo o seguinte:*

*Art. 161. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária.*

*§ 1º Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês. (Grifei)*

*Não há dúvida de que multa não é tributo, pela própria dicção do art. 3º do CTN: "Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada". Todavia, a coerência interna do CTN evidencia, com clareza, conforme revelam os arts. 113, § 1º, e 139, que a penalidade pecuniária é também objeto da obrigação tributária principal e assim integra o conceito de crédito, objeto da relação jurídica estabelecida entre o Fisco e o sujeito passivo, beneficiando-se de todas as garantias a ele asseguradas por lei, inclusive o acréscimo de juros de mora.*

Sobreleva considerar, ainda, que a orientação do E. Superior Tribunal de Justiça é também pela manutenção da cobrança dos juros de mora sobre a multa de ofício. Destaco ementas de acórdãos das duas Turmas de Direito Público:

*PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. JUROS DE MORA SOBRE MULTA. INCIDÊNCIA. PRECEDENTES DE AMBAS AS TURMAS QUE COMPÕEM A PRIMEIRA SEÇÃO DO STJ.*

1. Entendimento de ambas as Turmas que compõem a Primeira Seção do STJ no sentido de que: "É legítima a incidência de juros de mora sobre multa fiscal punitiva, a qual integra o crédito tributário." (REsp 1.129.990/PR, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 14/9/2009). De igual modo: REsp 834.681/MG, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 2/6/2010.

2. Agravo regimental não provido. (Superior Tribunal de Justiça, AgRg no RESP 1335688, DJ de 04/12/2012, Primeira Turma)

**TRIBUTÁRIO. MULTA PECUNIÁRIA. JUROS DE MORA. INCIDÊNCIA. LEGITIMIDADE.**

1. É legítima a incidência de juros de mora sobre multa fiscal punitiva, a qual integra o crédito tributário.

2. Recurso especial provido. (Superior Tribunal de Justiça, Resp 1129990, DJ de 01/09/2009, Segunda Turma)

Os referidos julgamentos não foram submetidos à sistemática de recursos repetitivos.

No entanto, em respeito à orientação do STJ – como também o entendimento da maioria desta Turma a respeito de matéria de direito – voto por **negar provimento ao recurso especial do contribuinte** quanto à incidência de juros de mora sobre a multa de ofício, adotando as razões dos votos acima referidos.

### Multa Qualificada

O contribuinte pede não seja conhecido o recurso especial da Procuradoria, pois seria necessária a reavaliação de prova dos autos. Entendo que o contribuinte não tem razão, pois é possível aferir a legitimidade da imposição de multa qualificada, avaliando-se a interpretação jurídica adotada pelo acórdão recorrido amolda-se à legislação. Assim, **conheço o recurso especial da Procuradoria**, passando a analisar seu mérito.

A qualificação da multa no caso teve fundamento no artigo 44, II, da Lei nº 9.430/1996, que tinha a seguinte redação ao tempo dos fatos em discussão:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas, calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição:

II - cento e cinquenta por cento, nos casos de evidente intuito de fraude, definido nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis. (Vide Lei nº 10.892, de 2004)

Este dispositivo legal foi combinado com os artigos 71, 72 e 73, da Lei nº 4.502/1964, no lançamento tributário, constando do citado artigo:

*Art. 71. Sonegação é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária:*

*I - da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais;*

*II - das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.*

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

*Art . 73. Conluio é o ajuste doloso entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas, visando qualquer dos efeitos referidos nos arts. 71 e 72.*

Em todas estas hipóteses, é indispensável a apuração do dolo do contribuinte para a qualificação da multa de ofício.

Com efeito, a multa foi qualificada pelo auditor fiscal atuante, pelos seguintes fundamentos:

*Extrai-se da auditoria fiscal, que a fiscalizada, com o propósito de eximir-se do pagamento do imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro líquido, utilizou mecanismo tendente a evitar o fisco federal conhecer a extensão, a natureza ou circunstâncias materiais, bem como as reais características essenciais, dos fatos geradores ocorridos nos anos calendário de 2007 a 2010, apostando na inércia do fisco enquanto decaiu o direito de constituição do crédito tributário mediante lançamento de ofício. Assim, a multa de ofício foi qualificada conforme determina o art. 44, inciso I, §1º, da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1.996, uma vez que a ação se enquadra nas hipóteses tipificadas nos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964.*

O acórdão recorrido julgou a multa qualificada da forma seguinte, conforme voto do Conselheiro Relator:

*No caso em apreço, não considero amplamente demonstrado o evidente intuito doloso do recorrente no sentido de “forçar” a dedução de despesa com a amortização de um ágio que, por inexistente, não poderia ser dedutível.*

*Com base nos elementos constantes dos autos, não considero possível apontar, com plena certeza, a existência de simulação ou fraude que justificassem a exacerbação da penalidade.*

*Para caracterizar simulação ou fraude é necessária a presença de dolo. Age com dolo aquele que, tendo ânimo de prejudicar alguém, adota conduta nesse sentido. No caso presente em apreço, contudo, é possível admitir que a contribuinte tenha agido com a plena convicção de que seu comportamento estava de acordo com a lei.*

*Com base nestes fundamentos, considero ausente o elemento subjetivo na prática do ilícito, ou seja, a intenção de praticar o ato e de produzir o resultado.*

*Ressalto, por oportuno, que na maioria dos lançamentos que versam sobre a presente matéria, a multa de ofício não é qualificada. Conseqüentemente, a desqualificação da multa se coaduna com a jurisprudência dominante neste colegiado.*

*Assim, considero que no presente caso a multa qualificada é inaplicável, razão pela qual em relação a este tema o recurso voluntário merece ser provido, reduzindo-se a multa de ofício de 150% (cento e cinqüenta por cento) para 75% (setenta e cinco por cento).*

De fato, o elemento doloso na conduta do agente é fundamental na identificação das hipóteses dos artigos 71 a 73, para justificar a qualificação da multa de ofício. No processo em análise, entendo não comprovado o intuito doloso, afinal, o contribuinte agiu por entender de forma legítima, havendo ao menos dúvida razoável (ao tempo dos fatos geradores) acerca da legalidade do ágio amortizado.

Assim, o acórdão recorrido não merece reparos, razão pela qual **nego provimento ao recurso especial da Procuradoria.**

### Conclusão

Por tais razões, voto por **conhecer e dar provimento parcial ao recurso especial do contribuinte**, reconhecendo a legitimidade do ágio, mas negando provimento quanto aos juros de mora sobre a multa de ofício e por **conhecer negar provimento ao recurso especial da Procuradoria**, que trata da multa qualificada.

(assinado digitalmente)

Cristiane Silva Costa

### **Voto Vencedor**

Conselheiro Flávio Franco Corrêa, Redator designado

De início, a questão relacionada à dedutibilidade da amortização do ágio, trazidas à baila no apelo do sujeito passivo.

Tais são os fatos mais relevantes anotados no Termo de Verificação Fiscal, no que importa à matéria em julgamento:

1) a pessoa jurídica LEONVIN PARTICIPAÇÕES LTDA foi constituída em 10 de dezembro de 2004, com a razão social "LEONVIN CONSULTORIA MERCADOLÓGICA E EMPRESARIAL LTDA", tendo como sócios Jobelino\_Vitoriano Locateli e José Tavares de Lucena, e capital inicial de R\$ 1.000,00;

2) em 11 de janeiro de 2005, Jobelino Vitoriano Locateli retirou-se da sociedade, cedendo a totalidade de sua quotas (500 quotas, com valor nominal de R\$ 1,00, cada) para o novo sócio BEBIDAS LATINAS LTD, sociedade organizada de acordo com as Leis da Ilha Jersey, com sede social localizada na Motte Chambers, St. Helier, Jersey. Também José Tavares de Lucena retirou-se da sociedade, cedendo para o novo sócio ABACUS (NOMINES) LIMITED, sociedade organizada de acordo com as Leis da Ilha Jersey, com sede social localizada na Motte Chambers, St. Helier, Jersey, a totalidade de suas quotas (500 quotas, com valor nominal de R\$ 1,00, cada);

3) um mês depois de sua constituição, as novas sócias aprovaram a mudança do objeto social da sociedade, que passou a ser a administração de bens e ativos próprios e a participação societária na fiscalizada. Operou-se, ainda, a aprovação da mudança do nome empresarial de LEONVIN CONSULTORIA MERCADOLÓGICA E EMPRESARIAL LTDA para LEONVIN PARTICIPAÇÕES LTDA (doravante LEONVIN). Por derradeiro, no que diz respeito à gestão da sociedade, aprovou-se a designação do antigo sócio Jobelino Vitoriano Locateli como diretor da sociedade;

4) em 13 de janeiro de 2005, os sócios estrangeiros, BEBIDAS LATINAS e ABACUS, aprovaram a designação de Ricardo Torres de Melo como diretor da sociedade, para exercer suas funções em conjunto com o diretor anteriormente designado e investido, Jobelino Vitoriano Locateli. Nessa mesma data, Ricardo Torres de Melo também já exercia o cargo de diretor executivo da fiscalizada, o que pode ser constatado na Ata de Assembleia Geral de Transformação da Renosa Indústria Brasileira de Bebidas Ltda em S/A, datada de 09 de dezembro de 2004 e registrada na JUCEMAT em 11/01/2005;

5) em 24 de janeiro de 2005, os conselheiros aprovaram a emissão de 10.066.666 ações ordinárias, subscritas por LEONVIN, com preço de emissão de R\$ 13.450,03 por ação, perfazendo um investimento no montante de R\$ 135.400.000,00, sendo, deste valor, R\$ 125.333.334,00 a título de pagamento de ágio fundamentado em expectativa de rentabilidade futura da fiscalizada. As referidas ações foram integralizadas em moeda corrente nacional, por meio de transferência bancária para a conta de Renosa;

6) no mesmo dia 24 de janeiro de 2005, as sócias estrangeiras, BEBIDAS LATINAS e ABACUS, aumentaram o capital de LEONVIN no montante expressivo de R\$ 135.924.000,00, passando o capital social de R\$ 1.000,00 para considerável cifra de R\$ 135.925.000,00, mediante a emissão de 135.924.000 novas quotas, no valor nominal de R\$ 1,00. A sócia ABACUS subscreveu e integralizou em moeda nacional o valor de R\$ 68.024.500,00 com o saldo remanescente de contratos de câmbio, enquanto a sócia BEBIDAS LATINAS subscreveu e integralizou em moeda nacional o montante de R\$ 67.899.500,00 também com o saldo remanescente de contratos de câmbio. Nessa alteração contratual, as sócias estrangeiras aprovaram o suposto investimento correspondente a 40 % do capital da fiscalizada, visando à realização do objetivo social da sociedade investidora, com a respectiva subscrição de 10.066.666 ações ordinárias de emissão da Renosa;

7) em 04 de julho de 2007, as sócias estrangeiras reduziram o capital social de LEONVIN em R\$ 2.900.000,00, com o consequente cancelamento de 2.900.000 quotas do

capital social e restituição de capital às sócias na seguinte proporção: R\$ 1.448.550,00, em favor de BEBIDAS LATINAS, e R\$ 1.451.450,00 em favor de ABACUS. No ato em tela, a designação de Ricardo Torres de Melo para o cargo de diretor da LEOVIN foi ratificada pelas sócias. Este mesmo diretor assinou como mandatário das pessoas jurídicas integrantes do quadro societário;

8) conforme ata de Assembleia Geral Extraordinária de 01 de setembro de 2007, aprovou-se a incorporação de LEONVIN por Renosa, bem como a aprovação/ratificação dos termos, condições e justificação do Protocolo e Justificação sobre a incorporação do acervo líquido total de LEONVIN, firmado em 31/08/2007, que estabelecia a incorporação da totalidade dos elementos patrimoniais desta última, e confirmava que os elementos do ativo e do passivo da incorporada são aqueles descritos e caracterizados no aludido Protocolo e Justificação, por seus valores contábeis em 31/08/2007;

9) dentre as justificativas apresentadas pelo referido Protocolo e Justificação, dizia-se que a incorporação acarretaria maior racionalização, otimização de resultados e desenvolvimento das operações sociais da incorporadora e da incorporada, afora o fato de que sua extinção, por incorporação, propiciaria o aproveitamento fiscal do ágio pago pela incorporada, na aquisição de ações da incorporadora;

10) na verdade, não houve racionalização, otimização de resultados e desenvolvimento das operações da incorporada, visto que esta jamais teve qualquer atividade operacional, pois apenas serviu para transportar o investimento para fiscalizada;

11) na ata da reunião do Conselho de Administração da fiscalizada, realizada em 24 de janeiro de 2005, há referência a um Acordo de Acionistas (*Shareholders Agreement*) firmado em 14 de dezembro de 2004, entre suas acionistas, Refrigerantes Noroeste S/A e LEONVIN. Da mesma forma, na Ata de Reunião do Conselho de Administração da sócia Refrigerantes Noroeste S/A, realizada em 26 de dezembro de 2004, existe menção ao mesmo Acordo de Acionistas celebrado entre esta e LEONVIN;

12) ao analisar o Acordo de Acionistas e o Acordo de *Joint Venture (Joint Venture Agreement)*, firmado em 13/12/2004, constatou-se que tais instrumentos, ao contrário do disposto nas atas dos Conselhos de Administração da fiscalizada e da Refrigerantes Noroeste S/A, citadas no item anterior, não fazem nenhuma referência a LEONVIN PARTICIPAÇÕES LTDA como parte da pactuação;

13) LEONVIN foi criada apenas 3 (três) dias antes da celebração do *Joint Venture Agreement*, que dispunha sobre a entrada dos investidores de fato no capital da Renosa;

14) em consulta ao Diário Oficial Empresarial do Estado de São Paulo, página 40-117, de 05/04/2007, pode-se observar que os beneficiários da redução de capital de R\$ 2.900.000,00, aprovada pelas sócias estrangeiras de LEONVIN, foram Jobelino Vitoriano Locateli e Ricardo Torres de Melo. Essa publicação ocorreu sob a vigência da 3ª Alteração e Consolidação do Contrato Social, ou seja, quando não mais havia sócios pessoas físicas no quadro societário, o que torna cristalino que BEBIDAS LATINAS e ABACUS eram "empresas de papel", sem substrato econômico, da mesma forma que LEONVIN;

15) em que pese constar na DIPJ, ano-calendário 2006, o pagamento de dividendos no montante de R\$ 2.799.999,99, este, de fato não existiu a tal título, porquanto as sócias estrangeiras não passavam de empresas artificialmente criadas;

16) a receita que deu lastro à remuneração acima decorreu, exclusivamente, de ganhos de equivalência patrimonial relativos ao investimento efetuado na fiscalizada;

17) corrobora a tese de que LEONVIN não passava de uma empresa fictícia o fato de não constar, em Guias de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social - GFIP - durante toda sua existência, nenhum movimento de segurados obrigatórios do Regime Geral de Previdência Social - RGPS, quer sejam empregados ou contribuintes individuais;

18) com efeito, LEONVIN não informou fatos geradores de contribuições previdenciárias em GFIP, não obstante a previsão do parágrafo único da cláusula 10 de seu Contrato Social, que assim dispunha: "*O Diretor receberá um pro labore, fixado por deliberação dos sócios titulares de quotas que correspondem a mais que metade do capital social.* Ou seja, a despeito de tal previsão contratual quanto ao recebimento de remuneração, os diretores designados, Jobelino Vitoriano Locateli e Ricardo Torres de Melo, prestaram serviços a LEONVIN, durante toda a existência desta, sem nada receber a título de *pro labore*;

19) no ano-calendário de 2006, um ano depois de ter realizado um investimento de R\$ 135 milhões, LEONVIN transmitiu para Receita Federal duas Declarações de inatividade;

20) a operação de compra e venda de 40% do capital de Renosa não se efetivou, na verdade, entre sua controladora, Refrigerantes do Noroeste S/A, e LEONVIN. Na realidade, esse negócio foi celebrado diretamente, de fato, entre a primeira e a investidora estrangeira Forsab Investments (Proprietary);

21) o Acordo Joint Venture (*Joint Venture Agreement*), o Acordo de Acionistas (*Shareholders Agreement*) e as Garantias da Noroeste (*Warranties by Noroeste*), bem como suas respectivas traduções juramentadas, permitem concluir que as partes envolvidas no negócio são Forsab Investments (doravante FORSAB) e a fiscalizada, pois LEONVIN, que ainda estava em fase de constituição, sequer fora mencionada nesses atos, assinados em 13/12/2004 pelos representantes de Refrigerantes do Noroeste, de Forsab Investments e de Renosa. Ademais, são os próprios Acordos Joint Venture e de Acionistas, em suas cláusulas 1.2.7 e 2.2.12, respectivamente, que criam a pessoa figurativa da futura LEONVIN, a "SUBSIDIÁRIA FORSAB", como se fosse a própria investidora Forsab Investments no Brasil, para os fins específico de cumprimento dos termos do acordo;

22) a publicação do Ato de Concentração - AC nº 08012.000240/2005-08, no DOU de 10/01/2005, requerida por Refrigerantes do Noroeste S/A e por Forsab Investments (Proprietary) Limited, não deixa dúvidas quanto às partes do Acordo Joint Venture e esclarece o objeto do negócio: *constituição, pelas requerentes, de uma "Joint Venture" para atuar, principalmente, na indústria de bebidas (engarrafamento de refrigerantes)*;

23) a verdadeira investidora, FORSAB, autorizou a subsidiária Forsab (futura LEONVIN) a subscrever ações adicionais do capital de Renosa no valor equivalente a US\$ 50 milhões, conforme cláusula 2.3 do Acordo Joint Venture;

24) vistorias, transferência de tecnologia, estipulação de valor e condições contratuais, bem como a declaração de vontade de efetuar a subscrição de ações no capital da fiscalizada, visando a garantir segurança e menor risco inerentes a uma relação negocial efetiva, com substância real, foram expressamente acordadas entre a acionista majoritária Noroeste e a investidora FORSAB (cláusula 2.2.11 do Acordo de Acionistas), que, de fato e de direito, assumiu os riscos e as vantagens do investimento de US\$ 50 milhões (item (E), cláusulas 2.1 e 2.2 do Acordo Joint Venture e cláusulas 3.1, 3.1.4, 4.4.1 e 29 do Acordo de Acionistas):

*2.1 As Partes concordam que o primeiro alvo da expansão da RENOSA será a aquisição de negócios de bebidas na América do Sul. (grifo nosso).*

*2.2 As Partes estimam que as aquisições acima mencionadas irão requerer investimentos adicionais em dinheiro, em montante não menor que US\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de Dólares), (grifo nosso).*

*(E) Que a FORSAB, confiando nas garantias, indenidades, informações, compromissos e garantias dadas pela NOROESTE, na sua qualidade de acionista da RENOSA, deseja adquirir uma participação no capital da RENOSA devido ao programa de expansão da RENOSA, e que para atingir esse objetivo está disposta a capitalizar a RENOSA e a financiar o seu programa de expansão, (grifo nosso).*

*3.1 Este Acordo não terá validade ou efeito a menos que antes das ou nas datas aplicáveis referidas na cláusula 3.2 em conjunto com a cláusula*

*[...]*

*3.1.4 FORSAB realize exame de auditoria fiscal, trabalhista, financeira, contábil, ambiental e legal da RENOSA, e caso afete a mesma, também das operações da NOROESTE de revenda de bebidas transferidas à RENOSA, e entregue à NOROESTE um aviso de auditoria declarando que a FORSAB está satisfeita com os resultados do seu exame de auditoria e deseja continuar com a subscrição de Ações no capital da RENOSA contemplada por este Acordo, (grifo nosso).*

*4.4.1. Na Data Efetiva, as partes firmarão o Estatuto Social da RENOSA de acordo com a minuta anexa como Anexo 4.4.1., que disporá sobre o capital social aumentado decorrente da introdução da parcela do capital do preço de subscrição de US\$ 50.000.000,00 mencionado na cláusula 4.4. e nos outros documentos societários que comprovam a aquisição de ações pela FORSAB no capital social da RENOSA. Tal estatuto social e documentos societários serão registrados na Junta Comercial dentro de 30 (trinta) dias da Data Efetiva;*

#### 29 TRANSFERÊNCIA DE TECNOLOGIA

*A RENOSA compromete-se a disponibilizar por escrito aos Acionistas da FORSAB, sem qualquer contraprestação, os avanços tecnológicos utilizados atualmente pela RENOSA nas seguintes áreas:*

- *filtração do processamento de açúcar;*
- *processos de engarrafamento aprimorados; e*
- *maximização da receita, (grifo nosso).*

25) algumas exigências contratuais firmadas no referido Acordo de Acionistas foram cumpridas antes mesmo da constituição de LEONVIN (10/12/2004) conforme Ata de Assembleia Geral de Transformação da Renosa em Sociedade Anônima e seus Anexos, realizada em 09/12/2004, inclusive em cumprimento ao disposto na cláusula 4.4.1, acima transcrita;

26) nas Atas das Assembleias Gerais Ordinárias e Extraordinárias da fiscalizada, realizadas em 04/12/2007, 30/04/2008, 30/04/2009 e 30/04/2010, consta, expressamente, na lista de assinatura dos acionistas presentes na reunião, Forsab Investments (Proprietary) Limited. Intimada a apresentar a Ata da Assembleia e o Boletim de Subscrição pelos quais formalizou-se a participação de FOR SAB no capital da Renosa, a fiscalizada esclareceu que tal formalização se deu por termo lavrado no livro de Registro de Transferência de Ações Nominativas, em decorrência do negócio jurídico praticado no dia 24 de outubro de 2007 entre as acionistas anteriores, Bebidas Latinas e Abacus, e FOR SAB. A fiscalizada acrescentou, ainda, que a emissão de boletim de subscrição para essa operação não foi necessária, porquanto não houve emissão de novas ações, mas mera transferência de ações que já haviam sido emitidas. Na mesma ocasião, a fiscalizada informou que não se convocou Assembleia de Acionistas para esse evento;

27) o Estatuto Social da fiscalizada prevê, no artigo 7º, parágrafo 3º, alínea "e", a exigência de aprovação, pelos acionistas que representem 10% do capital votante, da celebração de qualquer negócio apto a afetar a estrutura societária da companhia. A justificativa para o fato de não ter ocorrido a deliberação comentada no item anterior está na falta de necessidade, uma vez que a operação não provocou nenhuma mudança real na estrutura societária da Renosa, pois FOR SAB, por tudo já exposto, era a verdadeira proprietária dessas ações, agora objeto de mera formalização de transferência, planejada para ocorrer tão logo fosse formalizada a incorporação de LEONVIN. Pode-se ver, no livro de Registro de Transferência de Ações Nominativas, que a formalização da transferência aconteceu no dia 24/10/2007, ou seja, 54 dias depois do referido ato de incorporação;

28) consta como Cedente e Cessionário, nos Termos de Transferência das ações, apenas Philipp Hugo Gustsche, representando as três pessoas jurídicas envolvidas, conforme se infere da comparação entre as assinaturas apostas nos referidos documentos e no livro de Presença de Acionistas. Aqui, deve-se ter em conta que o representante no Brasil de BEBIDAS LATINA e de ABACUS é Ricardo Torres, e não Philipp Hugo Gustsche. Há ainda de se realçar que os Termos de Abertura e de Encerramento do mencionado livro de Transferência de Ações foram lavrados na mesma data, isto é, em 12/01/2005, embora existam registros de Termos de Transferência entre dezembro de 2004 e agosto de 2009;

29) Philipp Hugo e Alan David assinaram o livro de Presença de Acionistas como representantes de LEONVIN, relativamente às assembleias realizadas pela companhia a partir de dezembro de 2004. No entanto, como já dito anteriormente, estas pessoas jamais fizeram parte do quadro societário ou da diretoria de LEONVIN. Daí se conclui que esses senhores representavam, na realidade, a investidora FOR SAB, acionista e participante da administração da Renosa, antes ou depois do evento de incorporação de LEONVIN, ocorrido

em setembro de 2007, e da mera formalização de transferência de ações, ocorrida em 24/10/2007;

30) nenhum ato formal inerente à citada operação de compra e venda de participação societária, seja Acordo de Acionista, seja Contrato de Compra e Venda de Ações ou algo similar, propriamente celebrado entre a fiscalizada e LEONVIN, foi apresentado à Fiscalização, malgrado as intimações lavradas para tal.

Assim postos os fatos, cumpre observar que a situação fática em exame deve ser apreciada, no que diz respeito ao IRPJ, sob a perspectiva dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, e do artigo 20 do Decreto-lei nº 1.598/1977, este último com a redação anterior à Lei nº 12.973/2013:

a) artigos 7º e 8º da Lei nº 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-calendário subseqüentes 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."

b) artigo 20 do Decreto-lei nº 1.598/1977:

"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.

§ 4º - As normas deste Decreto-lei sobre investimentos em coligada ou controlada avaliados pelo valor de patrimônio líquido aplicam-se às sociedades que,

de acordo com a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, tenham o dever legal de adotar esse critério de avaliação, inclusive as sociedades de que a coligada ou controlada participe, direta ou indiretamente, com investimento relevante, cuja avaliação segundo o mesmo critério seja necessária para determinar o valor de patrimônio líquido da coligada ou controlada"

Diante de tais dispositivos normativos, depreende-se que a dedutibilidade do ágio amortizado, na apuração do lucro real, carece de amparo legal, no caso concreto, já que o ágio **não** foi suportado, com sacrifício patrimonial, pela pessoa jurídica incorporada ou pela pessoa jurídica incorporadora. Perceba-se a esse respeito que o *caput* do artigo 7º da Lei nº 9.532/1997 remete a dedutibilidade da amortização do ágio, fundado em expectativa de rentabilidade futura, para fins de cálculo do lucro real, à exigência de que a participação societária na pessoa jurídica incorporada tenha sido **adquirida** com esse ágio pela incorporadora. Como se pode ver, este artigo se refere ao ágio previsto no artigo 20 do Decreto-lei nº 1.598/1977, e este dispositivo trata do ágio formado entre o custo de aquisição do investimento e o valor de patrimônio líquido na época da aquisição.

Já o artigo 8º da Lei nº 9.532/1997 permite a dedução da despesa de amortização do ágio baseado em expectativa de rentabilidade futura, nos casos em que a pessoa jurídica incorporadora **adquirir** a participação societária na incorporada com a referida mais valia.

Sobreleva-se dos preceitos normativos supracitados - como já adiantado - que o verbo **adquirir** implica sacrifício patrimonial da incorporada ou da incorporadora. Por conseguinte, **não** se sustenta a imaginada legalidade da influência de despesa com amortização de ágio, na redução do lucro tributável pelo IRPJ, se esse mesmo ágio for obtido, pela incorporadora ou pela incorporada, mediante transferência, para aumento ou integralização de capital, de investimento **adquirido por terceiro** com a citada mais valia. Vale dizer, de outra forma, que a influência no resultado tributável pelo IRPJ, ora em foco, só tem amparo legal **se houver a confusão patrimonial entre a investidora e a investida**.

No caso em exame, coube à pessoa jurídica FOR SAB suportar o sacrifício patrimonial pela aquisição da participação societária no capital da fiscalizada. Nessa aquisição, FOR SAB arcou com despesa de ágio de R\$ R\$ 125 milhões. A vedação à influência dessa despesa no lucro real apurado por Renosa é consequência da inexistência de confusão patrimonial entre FOR SAB e Renosa.

A alternativa que pareceu viável ao grupo FOR SAB, para o propósito de se beneficiar do ágio pago na aquisição de Renosa, foi a de constituir, em 10/12/2004, a empresa veículo LEONVIN com capital social de R\$ 1.000,00, aumentado, em 24/01/2005, no montante expressivo de R\$ 135.924.000,00. Importa considerar que as sócias no capital de LEONVIN, ao tempo da aquisição das ações de Renosa, eram as pessoas jurídicas Bebidas Latinas e Abacus, subsidiárias de FOR SAB localizadas em Jersey, Ilhas do Canal, paraíso fiscal reconhecido pela IN RFB nº 1.037/2010.

Nas circunstâncias comentadas, pareceu aos idealizadores do planejamento tributário que seria legítima a dedução do ágio amortizado por Renosa, depois de incorporar a empresa veículo. Nesse contexto, deve-se ressaltar a falta de propósito comercial, na constituição de LEONVIN, sociedade formada entre pessoas físicas, uma delas o Sr. Jobelino Vitoriano Locateli, que passou a administrá-la (após a transferência da totalidade das quotas a BEBIDAS LATINAS e a ABACUS), juntamente com Ricardo Torres de Melo (que já exercia

a direção executiva da fiscalizada). Conforme aponta a Fiscalização, LEONVIN não desenvolveu qualquer atividade operacional, prestando-se exclusivamente ao objetivo de transportar para Renosa o ágio pago por FOR SAB. Em outras palavras, LEONVIN não tinha propósito econômico, revelando-se desprovida de objeto social de fato. Sua função de mera empresa veículo é decorrência de um projeto que unicamente visava a revestir a aparência de obediência aos requisitos da Lei nº 9.532/1997, para a dedução da amortização do ágio pago por FOR SAB.

Consigne-se, ainda, que, com a incorporação de LEONVIN por Renosa, manteve-se o cenário empresarial anterior ao da criação de LEONVIN, composto pelas pessoas jurídicas Noroeste, FOR SAB e Renosa. Isso reforça a percepção de que LEONVIN era parte de um mecanismo exclusivamente montado para possibilitar a dedutibilidade da amortização do ágio.

Cabe enfatizar que FOR SAB, pessoa jurídica estrangeira, não podia diretamente gozar da dedução do ágio, pois não se submete ao IRPJ previsto no ordenamento jurídico pátrio. No entanto, a amortização do ágio que fora pago na aquisição de Renosa poderia beneficiar o grupo investidor, sob o ponto de vista tributário, com a diminuição do IRPJ da investida, desde que se concretizasse a confusão patrimonial entre esta e a investidora, o que nunca esteve presente nos planos do investimento realizado.

No tocante à acusação de infração à legislação da CSLL, impõe-se salientar, antes de tudo, que o ágio pago com lastro em rentabilidade futura deve ser contabilmente amortizado ao longo do tempo, conforme orienta o *Manual de Contabilidade das Sociedades por Ações da FIPECAFI*<sup>1</sup>:

#### "11.7.4 Natureza e Origem do Ágio ou Deságio

[...]

##### c) ÁGIO POR VALOR DE RENTABILIDADE FUTURA

Esse ágio (ou deságio) ocorre quando se paga pelas ações um valor maior (menor) que o patrimonial, em função de expectativa de rentabilidade futura da coligada ou controlada adquirida.

Esse tipo de ágio ocorre com maior frequência por envolver inúmeras situações e abranger diversas possibilidades.

[...]

#### 11.7.5 Amortização do Ágio ou Deságio

##### a) CONTABILIZAÇÃO

###### V Amortização do ágio (deságio) por valor de rentabilidade futura

O ágio **pago por expectativa de lucros futuros** da coligada ou controlada deve ser amortizado dentro do período pelo qual se pagou por tais futuros lucros, ou seja, contra os resultados dos exercícios considerados na projeção dos lucros estimados que justifiquem o ágio. O fundamento aqui é o de que, na verdade, as receitas equivalentes aos lucros da coligada ou controlada não representam um lucro efetivo,

<sup>1</sup> Sérgio de Iudicibus, Eliseu Martins e Ernesto Rubens Gelbcke. São Paulo: Fundação Instituto de Pesquisas Contábeis, Atuariais e Financeiras (FEA/USP), 7a Edição.

já que a investidora pagou por eles antecipadamente, devendo, portanto, baixar o ágio contra essas receitas. Suponha que uma empresa tenha pago pelas ações adquiridas um valor adicional ao do patrimônio líquido de \$ 200.000, correspondente a sua participação nos lucros dos 10 anos seguintes da empresa **adquirida**. Nesse caso, tal ágio deverá ser amortizado na base de 10% ao ano. (Todavia, se os lucros previstos pelos quais se **pagou o ágio** não forem projetados em uma base uniforme de ano para ano, a amortização deverá acompanhar essa evolução proporcionalmente). (...)” (grifei)

Portanto, o ágio pago por expectativa de rentabilidade futura, na aquisição de investimento, é despesa amortizável; como tal, está sujeita à norma veiculada pelo artigo 13, inciso III, da Lei nº 9.249/1995:

"Art. 13. Para efeito de apuração do lucro real e da base de cálculo da contribuição social sobre o lucro líquido, são vedadas as seguintes deduções, independentemente do disposto no art. 47 da Lei nº 4.506, de 30 de novembro de 1964:

[...]

III - de despesas de depreciação, amortização, manutenção, reparo, conservação, impostos, taxas, seguros e quaisquer outros gastos com bens móveis ou imóveis, exceto se intrinsecamente relacionados com a produção ou comercialização dos bens e serviços;

Isso porque, como é cediço, as ações são bens móveis, conforme previsão do artigo 82 do vigente Código Civil. Nesses termos, o ágio pago sob a justificativa de rentabilidade futura, na aquisição de ações, constitui gasto que deve ser amortizado, como despesa, dentro do período pelo qual se pagou por lucros futuros. Nessas circunstâncias, tal despesa de amortização não pode afetar a apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL, a teor do já mencionado artigo 13, inciso III, da Lei nº 9.249/1995.

Ademais, os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 instituíram regras específicas às hipóteses de fusão, cisão e incorporação que são exclusivas ao âmbito do IRPJ, como bem explicitam os incisos III e IV do *caput* do antedito artigo 7º, ao estabelecerem que as influências da amortização do ágio baseado na alínea "b" do § 2º do artigo 20 do Decreto-lei nº 1.598/1977 estão restritas à apuração do lucro real, uma vez ausente da redação de tais dispositivos da Lei nº 9.532/1997 qualquer referência à apuração da base de cálculo da CSLL.

Em face do exposto, conheço do Recurso Especial do sujeito passivo para, no mérito, negar-lhe provimento.

Quanto à qualificação da multa de ofício, dê-se relevo à transferências da totalidade das quotas de capital de LEONVIN, pouco mais de um mês após a constituição dessa pessoa jurídica. Como já foi dito, seus fundadores eram pessoas físicas, que cederam seus direitos societários às pessoas jurídicas estrangeiras BEBIDAS LATINAS e ABACUS, ligadas ao grupo FOR SAB. No entanto, em consulta ao Diário Oficial Empresarial do Estado de São Paulo, página 40-117, de 05/04/2007, pode-se observar que os beneficiários da redução de capital de R\$ 2.900.000,00, aprovada pelas sócias estrangeiras de LEONVIN, foram Jobelino Vitoriano Locateli e Ricardo Torres de Melo. Segundo a Fiscalização, essa publicação ocorreu sob a vigência da 3ª Alteração e Consolidação do Contrato Social, ou seja, quando não mais havia sócios pessoas físicas no quadro societário, o que torna cristalino que BEBIDAS

LATINAS e ABACUS eram "empresas de papel", sem substrato econômico, da mesma forma que LEONVIN.

Por sua vez, o Acordo de Acionistas (firmado em 14/12/2004) e o Acordo de *Joint Venture* (firmado em 13/12/2004), assinados pelos representantes de Refrigerantes Noroeste, Forsab Investments e Renosa, não fazem nenhuma referência a LEONVIN PARTICIPAÇÕES LTDA, entre as partes integrantes da pactuação, não obstante se verifique o nome de LEONVIN na ata da reunião do Conselho de Administração da fiscalizada e na Ata de Reunião do Conselho de Administração da sócia Refrigerantes Noroeste S/A. Ainda na linha das conclusões da Fiscalização, corrobora a tese de que LEONVIN não passava de uma empresa fictícia o fato de não constar, em Guias de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social - GFIP - durante toda sua existência, nenhum registro relativo a segurados obrigatórios do Regime Geral de Previdência Social - RGPS, quer sejam empregados ou contribuintes individuais. Vale dizer, LEONVIN não informou fatos geradores de contribuições previdenciárias em GFIP, não obstante a previsão do parágrafo único da cláusula 10 de seu Contrato Social, que assim dispunha: "*O Diretor receberá um pro labore, fixado por deliberação dos sócios titulares de quotas que correspondem a mais que metade do capital social.*" Nesse cenário, depreende-se que Jobelino Vitoriano Locateli e Ricardo Torres de Melo jamais prestaram serviços a LEONVIN, por um motivo óbvio: LEONVIN nunca existiu, de fato. Reforça tal dedução o fato de que, no ano-calendário de 2006, um ano depois de ter realizado um investimento de R\$ 135 milhões, LEONVIN transmitiu para Receita Federal duas Declarações de inatividade.

O Ato de Concentração - AC nº 08012.000240/2005-08, publicado no DOU de 10/01/2005, bem como o Acordo de Acionistas e o Acordo de *Joint Venture*, acima citados, traduzem que a verdadeira investidora era a pessoa jurídica estrangeira FORSAB. E mais: inequivocamente demonstram, juntamente com os demais elementos fáticos aqui mencionados, que a criação e o emprego de LEONVIN, na arquitetura societária engendrada, constituíram um mecanismo concebido para forjar a aparência de negócios reais com o fim de possibilitar a dedução do ágio amortizado, na determinação do lucro real de Renosa.

Sem dúvida, a arquitetura societária engendrada não tinha propósito negocial. Os articuladores de todo o esquema montado buscaram um único fim, ao tecerem tal arranjo: reduzir ilicitamente o IRPJ e a CSLL, lançando mão de um contrato de sociedade para ser utilizado com a intenção de atestar a existência jurídica da empresa veículo, malgrado despida de propósito econômico. Esse contrato, juntamente com documentos da escrituração, foram apresentados à Fiscalização com vistas à comprovação da regularidade da dedução do ágio amortizado. Por conseguinte, assevera-se que seu uso serviu à finalidade de dar uma aparência de legalidade a um fato que não o é, pois a redução dos tributos registrada, nas declarações da fiscalizada, em razão da despesa de amortização desse ágio, não tem o amparo da lei.

À vista do exposto, sustenta-se que a introdução da empresa veículo, na arquitetura societária montada, configura ato de execução de uma prática juridicamente reprovável, que objetivava modificar as características dos fatos geradores de IRPJ e CSLL, concretizando-se tal empreitada ilícita com a geração e contabilização da despesa de amortização do ágio, influenciando indevidamente os resultados tributáveis.

Nessa toada, pode-se assegurar a ocorrência da prática de FRAUDE, conforme artigo 72 da Lei nº 4.502/1964, estando visível o dolo, uma vez constatada, como de fato se constata, a vontade livre de realizar a conduta típica, bem com a demonstração de que os responsáveis agiram com consciência da ação típica e do resultado juridicamente

desvalorado, consistente na redução ilícita da base tributável do IRPJ e da CSLL, motivo por que se deve aplicar a multa qualificada prevista no artigo 44, § 1º, da Lei nº 9.430/1996, para os fatos geradores ocorridos a partir do ano-calendário de 2007.

No mesmo rumo, também é inequívoca a prática de SONEGAÇÃO prevista no artigo 71, inciso I, da Lei nº 4.502/1964, porquanto comprovada a ação dolosa de parcialmente impedir o conhecimento, por parte da autoridade fazendária, das circunstâncias materiais dos fatos geradores do IRPJ e da CSLL, já que apresentou ao Fisco declarações calcadas em circunstâncias fáticas inverídicas: a aquisição das ações de Renosa por LEOVIN (principalmente) e a transferência das quotas de LEOVIN para BEBIDAS LATINAS e ABACUS.

Tanto a aquisição das ações de Renosa por LEOVIN como a transferência das quotas de LEOVIN para BEBIDAS LATINAS e ABACUS perfazem um complexo de negócios irreais, concebidos no interior de um planejamento tributário levado a cabo com a apresentação ao Fisco das declarações de tributos calculados sob a influência indevida do ágio amortizado.

Diante do exposto, conheço do Recurso Especial fazendário para, no mérito, dar-lhe provimento.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Flávio Franco Corrêa.