



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

Processo nº 10600.720016/2014-31
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1201-001.811 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 25 de julho de 2017
Matéria IRPJ - ÁGIO
Recorrente TEMPO SERVIÇOS S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2010, 2011

ÁGIO. FUNDAMENTO ECONÔMICO. RENTABILIDADE FUTURA DA INVESTIDA. COMPROVAÇÃO.

Tendo em vista que a legislação vigente à época dos fatos geradores objeto dos Autos de Infração não regulamentava a forma, conteúdo e apresentação do demonstrativo do fundamento econômico do ágio pago na aquisição de participação societária, o contribuinte pode se valer de todos os meios de prova hábeis.

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. INCORPORAÇÃO DE “EMPRESA VEÍCULO”. LEGITIMIDADE DO “BENEFÍCIO FISCAL”.

Os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97 permitem o aproveitamento fiscal da amortização do ágio, desde que este seja legítimo e desde que haja confusão patrimonial entre empresa investida e investidora, o que ocorre em razão de fusão, incorporação ou cisão. A utilização de empresa veículo, sem aparecimento de novo ágio, não viola nenhum requisito para usufruir o “benefício legal” em questão.

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. INCORPORAÇÃO DE “EMPRESA VEÍCULO”. INCORPORAÇÃO REVERSA. PROPÓSITO NEGOCIAL. MOTIVO TRIBUTÁRIO. SIMULAÇÃO. INOCORRÊNCIA

O uso de empresa veículo e de incorporação reversa, ainda mais considerando a existência de caminho alternativo (incorporação direta) disponível ao contribuinte, não caracteriza a simulação. Também a economia tributária gerada a partir de reorganização societária, por si só, não implica na ilicitude das operações.

ESTIMATIVA. MULTA ISOLADA.

Do ano-calendário 2007 em diante, se não efetuado o pagamento da estimativa mensal, cabe a imputação de multa isolada, sobre a totalidade ou

diferença entre o valor que deveria ter sido pago e o efetivamente pago, apurado a cada mês do ano-calendário, mesmo que lançada a multa de ofício por falta de pagamento de IRPJ e CSLL apurados no ajuste anual.

CSLL. DECORRÊNCIA.

O decidido quanto ao Imposto de Renda Pessoa Jurídica aplica-se à tributação decorrente dos mesmos fatos e elementos de prova.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em dar parcial provimento ao Recurso Voluntário, mantendo apenas as multas isoladas decorrentes da infração relativa à CSLL - instituições financeiras. Vencida a Conselheira Eva Maria Los, que negava provimento ao recurso e os Conselheiros Luis Henrique Marotti Toselli, Luis Fabiano Alves Penteado e Rafael Gasparello Lima, que lhe davam provimento. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Paulo Cezar Fernandes de Aguiar.

(assinado digitalmente)

Roberto Caparroz de Almeida - Presidente

(assinado digitalmente)

Luis Henrique Marotti Toselli- Relator

(assinado digitalmente)

Paulo Cezar - Redator Designado

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Roberto Caparroz de Almeida, Luis Fabiano Alves Penteado, Paulo Cezar Fernandes de Aguiar, Luis Henrique Marotti Toselli, Eva Maria Los, José Carlos de Assis Guimarães e Rafael Gasparello Lima.

Relatório

Trata-se de processo administrativo decorrente de Autos de Infração de IRPJ (fls. 1.235/1.247) e de CSLL (fls. 1.289/1.383), referentes aos anos calendário de 2010 e 2011, emitidos em face da constatação das seguintes infrações:

(i) exclusão indevida, na apuração do lucro real e base de cálculo da CSLL, de parcelas referentes à amortização de ágio;

(ii) compensação de prejuízos fiscais e bases negativas de CSLL em montantes superiores aos saldos disponíveis;

(iii) insuficiência de pagamento de estimativas mensais de IRPJ e CSLL, o que levou a cobrança de multa isolada de 50% com base no art. 44, II, “b”, da Lei nº 9.430/96; e

(iv) diferença de CSLL em virtude da aplicação da alíquota de 15% (ao invés do percentual aplicado de 9%).

A infração relativa ao item (i) acima ensejou a exigência de multa qualificada de 150%. Já as infrações relativas aos itens (ii) e (iv) foram acrescidas da multa de ofício ordinária de 75%.

Mais precisamente, a motivação dos lançamentos foi objeto de detalhado Termo de Verificação Fiscal (“TVF” - fls. 1.171/1.216), do qual reproduzo os trechos abaixo:

1ª INFRAÇÃO: EXCLUSÕES INDEVIDAS DO LUCRO REAL E DA BASE DE CÁLCULO DA CSLL

Amortização de ágio (...) contabilizado pela TEMPO SERVIÇOS por ocasião da incorporação de sua investidora, ESMERALDA HOLDINGS LTDA - CNPJ: 07.813.4290001-47, ocorrida em 29/09/2006.

Ressalta-se que a glosa da referida exclusão - amortização de ágio na incorporação da empresa Esmeralda Holdings Ltda, já fora objeto de lançamento de ofício anterior abrangendo o período de apuração de Outubro/2006 a Dezembro/2009 (Mandado de Procedimento Fiscal nº 0610900.2011.000021), formalizado no processo administrativo fiscal nº 10970.720351/2011-88, infração esta julgada favoravelmente à Fazenda Nacional pelo CARF, mantida inclusive a multa de ofício qualificada, conforme Decisão 1103-000.960, cuja ementa, extraída da ata do dia 06/11/2013 transcrevemos a seguir:

Relator(a): ALOYSIO JOSÉ PERCÍNIO DA SILVA

Processo: 10970.720351/201188 - Ex Offício e Voluntário - Recorrentes: FAZENDA NACIONAL e TEMPO SERVIÇOS LTDA. - Matéria: IRPJ e CSLL. **Decisão:** Dar provimento parcial ao recurso de ofício para restabelecer a qualificação da multa de ofício (150%), pelo voto de qualidade, vencidos os Conselheiros Marcos Shigueo Takata, Fábio Nieves Barreira e Hugo Correia Sotero, e dar provimento parcial ao recurso voluntário para afastar a exigência de multa de ofício isolada por falta de pagamentos mensais de IRPJ e CSLL, por maioria, vencidos os Conselheiros Eduardo Martins Neiva Monteiro e André Mendes de Moura.

A parcela da exigência relativa à dedução do ágio foi mantida por maioria, vencidos os Conselheiros Marcos Shigueo Takata e Fábio Nieves Barreira, a parte correspondente à apuração da CSLL pela alíquota de 15% foi mantida por unanimidade e a

incidência de juros de mora sobre a multa de ofício foi mantida pelo voto de qualidade, vencidos os Conselheiros Marcos Shigueo Takata, Fábio Nieves Barreira e Hugo Correia Sotero. [...]

Apresentados os elementos solicitados, verificou-se no ano-calendário de 2006, uma seqüência de atos de reorganização societária entre o Banco Bradesco S/A e suas controladas Esmeralda Holdings Ltda e Tempo Serviços Ltda a seguir detalhadas, que culminaram na utilização de empresa veículo (Esmeralda Holdings) e incorporação reversa, com amortização de ágio gerado internamente.

2. COMPOSIÇÃO SOCIETÁRIA DAS EMPRESAS ENVOLVIDAS

Inicialmente, faz-se necessário tecer o histórico de composição societária das empresas Tempo Serviços Ltda (incorporadora) e Esmeralda Holdings Ltda (incorporada), no período que envolveu a reorganização societária.

2.1. TEMPO SERVIÇOS LTDA (incorporadora):

2.1.1. Alteração contratual datada de 30/06/2006 dispõe sobre:

A) a retirada dos sócios Amex LATIN American Holdings - CNPJ: 05.721.666/0001-52, sediada na Espanha, e American Express Internacional INC - CNPJ: 05.721.666/0001-52, sediada nos Estados Unidos da América, únicas sócias da empresa fiscalizada, e a admissão na sociedade das seguintes pessoas jurídica e física, respectivamente:

<i>Cotista</i>	<i>Quantidade de cotas</i>	<i>Valor R\$</i>
<i>Banco Bradesco S/A CNPJ: 60.746.948/0001-12</i>	<i>414.767.057</i>	<i>R\$ 414.767.057,00</i>
<i>Marcio Artur L. Cypriano CPF: 063.906.928-20</i>	<i>1</i>	<i>R\$ 1,00</i>
<i>TOTAL</i>	<i>414.767.058</i>	<i>R\$ 414.767.058,00</i>

B) a alteração da denominação social da sociedade, de AMERICAN EXPRESS DO BRASIL TEMPO LTDA para BANKPAR TEMPO LTDA;

2.1.2 Alteração contratual datada de 17/07/2006: altera a razão social de BANKPAR TEMPO LTDA para TEMPO SERVIÇOS LTDA;

2.1.3 Alteração contratual de 29/09/2006: aprova a incorporação da empresa ESMERALDA HOLDINGS LTDA - CNPJ: 07.813.429/0001-47, mediante aprovação do Instrumento de Protocolo e Justificação de incorporação, firmado pelas sociedades em 28.09.2006, bem como os Laudos de Avaliação, anexos do referido Instrumento, sendo o acervo líquido da Esmeralda (R\$ 792,28) vertido em aumento do capital social da incorporadora (Tempo Serviços Ltda) mediante a criação de 792 novas cotas, no valor nominal de R\$ 1,00 cada, que em conjunto com as demais cotas de titularidade da Esmeralda serão

atribuídas ao sócio-cotista Banco Bradesco S/A, ficando o capital social assim distribuído entre os sócios:

<i>Cotista</i>	<i>Quantidade de cotas</i>	<i>Valor - R\$</i>
<i>Banco Bradesco S/A CNPJ: 60.746.948/0001-12</i>	<i>414.767.849</i>	<i>R\$ 414.767.849,00</i>
<i>Mareio Artur L. Cypriano CPF: 063.906.928-20</i>	<i>1</i>	<i>R\$ 1,00</i>
<i>TOTAL</i>	<i>414.767.850</i>	<i>RS 414.767.850,00</i>

2.2. ESMERALDA HOLDINGS LTDA (empresa incorporada):

2.2.1. Contrato social datado de 18/03/2005 e protocolado na Jucesp sob o nº 521178/05-8 dispõe sobre a constituição da empresa Esmeralda Holdings Ltda, tendo por objeto a administração, locação, compra e venda de bens próprios e participação em outras sociedades como cotista ou acionista, com capital social de R\$ 1.000,00 assim distribuído entre os sócios:

<i>Cotista</i>	<i>Quantidade de cotas</i>	<i>Valor R\$</i>
<i>União Participações Ltda CNPJ: 05.892.410/0001-08</i>	<i>999</i>	<i>RS 999,99</i>
<i>Marcio Artur L. Cypriano CPF: 063.906.928-20</i>	<i>1</i>	<i>R\$ 1,00</i>

2.2.2. Sua primeira alteração contratual, datada de 14/09/2006 e registrada na Jucesp sob o nº 129.590/06-0, dispõe sobre:

a) a retirada do sócio União Participações Ltda, que cedeu e transferiu suas 999 cotas ao Banco Bradesco S/A - CNPJ: 60.746.948/0001-12 pelo preço de RS 791,49;

b) o aumento do capital social de R\$ 1.000,00 para R\$ 889.334.243,00, totalmente integralizado pelo sócio Banco Bradesco S/A mediante a conferência de bens representados pelo seguinte investimento: 414.767.057 cotas representativas do capital social da Tempo Serviços Ltda - CNPJ: 58.503.129/0001-00, avaliadas em RS 889.333.243,00 pelo critério do valor contábil, conforme laudo de Avaliação elaborado pela Probus Assessoria Contábil e Fiscal Ltda - CNPJ: 00.637.288/0001-00, ficando o capital social assim distribuído entre os sócios:

<i>Cotista</i>	<i>Quantidade de cotas</i>	<i>Valor R\$</i>
<i>Banco Bradesco S/A CNPJ: 60.746.948/0001-12</i>	<i>889.334.242</i>	<i>R\$ 889.334.242,00</i>

Mareio Artur L. Cypriano CPF: 063.906.928-20	1	R\$ 1,00
TOTAL	889.334.243	R\$ 889.334.243,00

2.2.3. Sua segunda alteração contratual, datada de **29/09/2006** e registrada na Jucesp sob o nº 39.649/07-6, dispõe sobre:

A) a retirada do sócio Márcio Artur Laurelli Cypriano, que cede e transfere sua única cota ao Banco Bradesco S/A, que passa a deter 100% do capital social da empresa Esmeralda Holdings;

B) a aprovação da incorporação da empresa Esmeralda Holdings pela Tempo Serviços Ltda, esclarecendo que as 889.334.243 cotas representativas da totalidade do capital social da empresa incorporada ficam extintas.

2.1.2. DETALHAMENTO SOBRE OS ATOS DE REORGANIZAÇÃO SOCIETARIA PRATICADOS

2.1.2.1. OPERAÇÃO DE AQUISIÇÃO DA EMPRESA TEMPO SERVIÇOS LTDA PELO BANCO BRADESCO S/A:

[...] o BANCO BRADESCO apresentou contrato de compra e venda de ações datado de 19/03/2006, onde o mesmo figura como comprador, tendo como vendedores AMERICAN EXPRESS BANK LTD, AMEX HOLDINGS INC, AMERICAN EXPRESS INTERNATIONAL INC E AMEXLATIN AMERICAN HOLDINGS SL; e como objeto (cláusula 2.1) todas as ações das empresas brasileiras da AMERICAN EXPRESS (sociedades relacionadas no Anexo C do referido contrato), ações estas descritas no Anexo 2.1, pelo preço de compra especificado na cláusula 2.2 (abaixo demonstrado), representando, direta ou indiretamente, todo o capital social das empresas brasileiras da American Express.

Preço de compra = o preço-base de (i) US\$ 490.000.000,00 (quatrocentos e noventa milhões de dólares), mais ou menos a diferença entre o Valor Estimado do Patrimônio Líquido e o Valor do Patrimônio líquido Pretendido e (ii) mais ou menos os Ajustes Especiais do preço de compra, conforme detalhado na cláusula 2.1.1)

[...]

Em atendimento ao item 3 do Termo de Diligência Fiscal (comprovação dos efetivos pagamentos), o Banco Bradesco apresentou cópia de duas transferências eletrônicas internacionais efetuadas em 30/06/2006, a saber:

- uma no valor de US\$ 414.965.335,59, correspondente na moeda nacional a R\$ 898.109.475,81, ao destinatário: AMEX LATIN AMERICAN HOLDINGS, referente a aquisição de 414.656.044 cotas da empresa AMERICAN EXPRESS DO BRASIL TEMPO LTDA-CNPJ: 58.503.129/0001-00;

- outra no valor de *US\$ 32.999.999,73*, correspondente na moeda nacional a *R\$ 32.999.999,73*, ao destinatário *AMERICAN EXPRESS BANK*, referente a aquisição de *120.076.804* cotas da empresa *BANKPAR PARTS LTDA* CNPJ: *59.291.245/0001-68*.

Em atendimento ao item 2 do Termo de Diligência Fiscal nº 002, o Banco demonstrou a escrituração dos lançamentos de aquisição e ágio das ações da Tempo Serviços Ltda (antiga razão social Bankpar Tempo Ltda):

[...]

Ressalta-se que em 20 de março de 2006 o Banco Bradesco divulgou em seu site de Relações com Investidores (www.bradesco.com.br/ri) sobre a operação de compra das subsidiárias do Grupo Amex no Brasil:

" O Banco Bradesco S/A comunica aos seus acionistas, clientes e ao mercado em geral que firmou parceria com a American Express Company, para assumir suas operações de cartões de crédito e atividades correlatas no Brasil. Entre outros documentos, foram assinados Contrato de Compra e Venda de Ações e Acordo de Operador Independente, que regerão o relacionamento entre as partes. A parceria compreende:

1. A transferência para o Bradesco das subsidiárias da American Express no Brasil que atuam no ramo de cartões de crédito, corretagem de seguros, serviços de viagens, de câmbio no varejo e operações de Crédito Direto ao Consumidor-CDC;
2. o direito de exclusividade do Bradesco para a emissão e cartões de crédito da Unha Centurion no Brasil.

O Bradesco pagará pelas subsidiárias da American Express, por ocasião do fechamento da Operação, o valor de *US\$ 490 milhões*, equivalente a aproximadamente *R\$ 1,04 bilhão*, em *17.3.2006*."

Intimado a justificar e demonstrar o fundamento econômico do ágio na aquisição das ações da Bankpar Tempo Ltda-CNPJ: 58.503.129/0001-00 contabilizado em 30/06/2006, (item 1 do Termo de Diligência Fiscal Nº 003), o Banco Bradesco assim respondeu:

" Segue em anexo a Avaliação econômico-financeira do Grupo Amex do Brasil, adquirido pelo Grupo Bradesco, elaborado pela KPMG Corporate Finance Ltda, emitido em 29 de setembro de 2006.

O ágio na aquisição do investimento na Bankpar Tempo Ltda, foi baseado no valor de rentabilidade futura, conforme descrito na folha 03 da avaliação acima citada. O ágio de rentabilidade futura apurado na aquisição do investimento foi de *R\$ 872.881.282,63*, sendo *R\$ 819.801.193,48*, contabilizado em

30/06/2006, e complementado no valor de R\$ 53.080.089,15 no mês de Setembro de 2006." [...]

2.2. OPERAÇÃO DE AQUISIÇÃO DA EMPRESA ESMERALDA HOLDINGS PELO BANCO BRADESCO S/A:

[...]

Assim, na escrituração do Banco Bradesco houve apenas uma troca de Ativos: o investimento na Tempo Serviços acompanhado de seu Ágio foram substituídos pelo investimento na Esmeralda Holdings.

Já a Esmeralda Holdings recebeu do Bradesco o investimento na Tempo Serviços, acompanhado de seu ágio como integralização do aumento de seu capital

Em outras palavras, o Banco Bradesco "transferiu" seu investimento na Tempo Serviços acompanhado de seu respectivo ágio para a empresa Esmeralda Holdings, como integralização do aumento do capital desta.

2.3. OPERAÇÃO DE INCORPORAÇÃO DA EMPRESA ESMERALDA HOLDINGS PELA EMPRESA TEMPO SERVIÇOS LTDA (INCORPORAÇÃO REVERSA):

Em 29/09/2006 a Tempo Serviços Ltda incorpora sua investidora (Esmeralda Holdings Ltda), operação conhecida como incorporação reversa.

[...]

3.4. CONTABILIZAÇÃO E AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO NA TEMPO SERVIÇOS POR OCASIÃO DA INCORPORAÇÃO DA ESMERALDA HOLDINGS

Em razão da incorporação acima descrita, a empresa fiscalizada recebeu o ágio e a provisão para amortização do ágio vertidos do acervo líquido da Esmeralda Holdings, no valor de R\$ 845.554.577,00, contabilizando-os nas contas 2411100000010 - Ágio na Incorporação e 241100000029 — Provisão para amortização do Ágio, ambas componentes do Ativo Diferido.

A partir de Outubro/2006, iniciou a amortização mensal do referido ágio, no valor de R\$ 14.092.576,28 (R\$ 845.554.577,00/60), contabilizado a débito da conta 241100000029 - Provisão para amortização do Ágio e a crédito da conta 241110000001- Ágio na Incorporação.

[...]

A amortização do ágio não afetou o resultado contábil, pois tratou-se de um lançamento contábil entre contas do mesmo grupo (Ativo Diferido).

Entretanto, conforme Lalur e Demonstrativo da Base de Cálculo da CSLL, a empresa fiscalizada excluiu mensalmente das bases de cálculo do IRPJ e CSLL a amortização do referido ágio, utilizando-se da previsão legal contida nos artigos 385, § 2º, II e

386 do Decreto 3.000/99 (art. 7º e 8º da lei 9.532/97 e art. 10 da lei 9.718/98).

3. LEGISLAÇÃO SOBRE ÁGIO, SUA APURAÇÃO, CONTABILIZAÇÃO E REGRAS DE DEDUTIBILIDADE

[...]

Sendo o comando legal acima transcrito um benefício fiscal, como tal deve ser interpretado literalmente, conforme disposto no artigo 111 do Código Tributário Nacional.

O mesmo dispõe que para fazer jus à dedução da amortização do ágio cujo fundamento seja a perspectiva de rentabilidade futura, a investidora deve incorporar a investida ou vice-versa, não contemplando, portanto, a participação de uma terceira empresa no processo (operação triangulada).

Assim, no presente caso, para fazer jus à dedução da amortização do ágio efetivamente pago pelo Banco Bradesco na aquisição da Tempo Serviços Ltda, três condições legais devem ser satisfeitas:

- O lançamento do ágio deve indicar seu fundamento econômico (Decreto-Lei nº 1.598/77, art. 20, § 2º);*
- O lançamento do ágio deve ser baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração (Decreto-Lei nº 1.598/77, art. 20, §3º);*
- O Banco Bradesco deve incorporar a Tempo Serviços Ltda ou a Tempo Serviços Ltda deve incorporar o Banco Bradesco (Lei nº 9.532/97, art. 7º e art. 8º, b).*

4. CONSIDERAÇÕES SOBRE O RELATÓRIO DE AVALIAÇÃO ELABORADO PELA KPMG COM BASE EM RENTABILIDADE FUTURA

Tanto a Tempo Serviços Ltda quanto o Banco Bradesco apresentaram o mesmo relatório, elaborado pela KPMG e datado de 29 de setembro de 2006, em atendimento ao item 3.2 do Termo de Início do Procedimento Fiscal e item 1 do Termo de Diligência Fiscal nº 003, respectivamente.

[...]

Segundo consta na página 3, conteúdo da Introdução do referido relatório, o objetivo da KPMG foi efetuar uma avaliação econômico-financeira da Amex, com o propósito de fundamentar que parcela do ágio gerado na compra do Grupo Amex no Brasil pelo Banco Bradesco, conforme contrato celebrado entre as partes em 20 de março de 2006, tem justificativa em rentabilidade futura.

Ora, se de acordo com o artigo 385 do Decreto 3.000/99 o lançamento contábil do ágio com base em rentabilidade futura deve basear-se em demonstrativo e comprovantes que o

contribuinte deverá arquivar como comprovante da escrituração, é de meridiana clareza que a elaboração do demonstrativo antecede a efetiva operação de aquisição do investimento bem como antecede o lançamento efetuado pelo contribuinte em sua escrituração, sendo pré-requisito indispensável para a contabilização do ágio.

Assim, o relatório de avaliação econômico-financeira encomendado em 12 de julho de 2006 e concluído em 29 de setembro/2006, por impossibilidade lógica não serve de subsídio e fundamentação econômica do ágio pago em 30/06/2006 pelo Banco Bradesco, oriundo da celebração do contrato para aquisição das subsidiárias do Grupo Amex no Brasil em 19/03/2006.

[...]

Por fim, a projeção dos resultados futuros foi feita de forma consolidada (todo o grupo), e não individualmente para cada empresa do Grupo Amex negociada, conforme se verifica no trecho abaixo transcrito da página 6 do relatório:

[...]

Ressalta-se ainda que, conforme contrato de compra e venda de ações firmado em 19/03/2006 entre o Bradesco e o Grupo Amex, a metodologia de valoração do preço das ações do Grupo Amex nada menciona a respeito de que tal valor seria devido a título de expectativa de rentabilidade de exercícios futuros.

5. OPERAÇÕES PREOCUPANTES DE PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO

É oportuno destacar o "Capítulo XVII — Operações Preocupantes" do livro Planejamento Tributário, 2ª Edição, 2008, Editora Dialética, do jurista Marco Aurélio Greco, [...]

Vejamos, a seguir, a adequação dos tópicos acima ressaltados ao presente caso.

6.1. Operações estruturadas em seqüência ("step transactions")

Analizando os momentos anterior e posterior ao conjunto de operações estruturadas em seqüência, uma vez que devemos analisar o filme (conjunto) ao invés de cada fotografia (etapa), verificamos que não houve efeito patrimonial da incorporação realizada: a empresa fiscalizada (incorporadora) continua submetida ao mesmo controle acionário, conforme abaixo demonstrado:

<i>Controle acionário da Tempo Serviços Ltda</i>	<i>Antes da incorporação</i>	<i>Após a incorporação</i>
<i>Banco Bradesco</i>	<i>414.767.057 cotas (99,9999%)</i>	<i>414.767.849 cotas (99,9999%)</i>
<i>Marcio Artur L. Cypriano</i>	<i>1 cota</i>	<i>1 cota</i>

Quanto ao elemento tempo, as operações de reorganização societária ocorreram num curto lapso de tempo:

- em **19/03/2006** o Banco Bradesco assina contrato de compra e venda de ações, onde o mesmo figura como comprador, tendo como vendedores AMERICAN EXPRESS BANK LTD, AMEX HOLDINGS INC, AMERICAN EXPRESS INTERNATIONAL INC E AMEX LATIN AMERICAN HOLDINGS SL; e como objeto todas as ações das empresas brasileiras da AMERICAN EXPRESS (sociedades relacionadas no Anexo C do referido contrato), incluída aí as ações da empresa fiscalizada;

- em **30/06/2006** ocorre o fechamento da operação com a efetividade do pagamento, momento em que o Banco Bradesco escritura em sua contabilidade o ágio pago na aquisição da Tempo Serviços Ltda;

- em **14/09/2006** o Banco Bradesco adquire de sua controlada União Participações Ltda suas cotas de capital na empresa Esmeralda Holdings e, ato contínuo, integraliza aumento de capital na empresa recém-adquirida com sua participação na Tempo Serviços avaliada em R\$ 889.333.243,00. [...];

- em **29/09/2006** a Tempo Serviços incorpora sua controladora Esmeralda Holdings, que fica extinta, absorvendo o ágio de suas próprias ações, vertido do acervo líquido da incorporada, passando a amortizar o referido ágio com base no inciso III do artigo 7º da Lei 9.532/97.

6.2. Operações invertidas

Em 29/09/2006 a empresa Esmeralda Holdings, detentora de 99,99% de participação no capital social da empresa fiscalizada (Tempo Serviços Ltda.) é incorporada por esta, ou seja, a controlada incorpora a controladora.

6.3. Operações entre partes relacionadas

À época da incorporação, o Banco Bradesco detinha 100% do capital social da empresa incorporada (Esmeralda Holdings Ltda) e 99,99% do capital social da incorporadora (Tempo Serviços Ltda).

Portanto, a reorganização societária objeto de verificação fiscal ocorreu dentro de um mesmo grupo econômico, entre partes relacionadas, empresas sob controle comum.

6.4. Empresa veículo e de duração efêmera

A utilização de empresa veículo, de duração efêmera, é também de fácil constatação no presente caso: a empresa Esmeralda Holdings foi constituída em 18/03/2005, com capital social de R\$ 1.000,00, tendo por objeto social a administração, locação, compra e venda de bens próprios e participação em outras sociedades como cotista ou acionista.

Apresentou DIPJ do ano-cálendário de 2005 como inativa.

Na DIPJ do ano-calendário de 2006, período 01/01/2006 a 29/09/2006 (data de sua incorporação pela Tempo Serviços

Ltda), a Receita Bruta informada foi de R\$0,00 e a única despesa declarada refere-se à provisão de RS 845.554.577,00 (ágio do investimento na Tempo Serviços, recebido como integralização do aumento de seu capital pelo Banco Bradesco).

Ou seja, no seu curto período de existência, a empresa em questão não possuiu funcionários, não possuiu nenhum ativo imobilizado e não incorreu em despesas administrativas (aluguéis, telefone, energia, água, etc), servindo, única e exclusivamente, de canal de passagem de um ágio, sendo extinta imediatamente após tal passagem.

Ora, a criação de sociedade para posterior extinção por incorporação revela evidente falta de propósito negocial, ou seja, inexistência de fundamento econômico do evento societário. Não se concebe, nas operações normais dos agentes econômicos, que se crie uma empresa com o fim de extingui-la logo em seguida. As empresas são entidades criadas para a exploração de determinada atividade econômica e, como regra geral, têm como premissa a continuidade de suas operações.

6.5. Ágio interno

No presente caso, houve a formação de dois ágios distintos:

O primeiro foi contabilizado em 30/06/2006 pelo Banco Bradesco, quando da aquisição das empresas do Grupo Amex no Brasil, sendo o referido ágio efetivamente pago e a negociação ocorrida entre partes independentes e não relacionadas;

Já em 14/09/2006 ocorreu a criação de um ágio interno na Esmeralda Holdings, quando o Banco Bradesco conferiu no capital de sua controlada, sua participação na Tempo Serviços Ltda, avaliada economicamente por laudo de avaliação com base em perspectiva de rentabilidade futura, datado de 29/09/2006. Note-se que a operação societária da qual resultou o referido ágio foi realizada intragrupo, entre partes relacionadas, ou seja, avaliadora e avaliada são o mesmo grupo econômico. A conta que recebeu a contrapartida do lançamento do ágio contabilizado na Esmeralda Holdings foi a conta de capital social, ou seja, não houve o efetivo pagamento do ágio na referida operação.

Em 29/09/2006 ocorre a incorporação reversa, onde a Tempo Serviços (controlada) incorpora sua controladora Esmeralda Holdings, absorvendo o ágio de suas próprias ações, vertido do acervo líquido da incorporada, que se extingue, passando a incorporadora a amortizar o referido ágio com base no inciso III do artigo 7º da Lei 9.532/97.

7. CONSIDERAÇÕES SOBRE O ÁGIO INTERNO

O ágio admitido pela Contabilidade é aquele resultante de uma transação de compra e venda entre partes independentes e não relacionadas. Quando a operação societária da qual resulta o ágio é realizada intragrupo, a contabilidade não admite o seu reconhecimento; nunca admitiu, nem mesmo após as profundas alterações introduzidas pela Lei nº 11.638/2007, que visou à

harmonização das normas contábeis brasileiras com as normas internacionais. [...]

8. CONCLUSÃO

[...]

E óbvio que, sendo a empresa incorporada uma empresa inativa desde sua constituição, não havia, portanto, o que se otimizar ou racionalizar com a referida incorporação societária.

Sendo assim, não se vislumbra qualquer propósito comercial na referida reorganização societária que não seja criar artificialmente condição para amortizar o ágio efetivamente pago pelo Banco Bradesco em 30/06/2006, pela aquisição das empresas do Grupo Amex.

No presente caso, não há dúvida de que a operação de incorporação da Esmeralda Holdings pela Tempo Serviços foi resultado de uma "montagem" jurídica efetuada mediante a prática de operações estruturadas em seqüência e com a utilização de empresa veículo. [...]

Portanto, não é cabível a dedutibilidade da amortização do ágio na incorporadora TEMPO SERVIÇOS LTDA, uma vez que:

a) requisitos formais não foram cumpridos, tais como:

- os lançamentos dos ágios contabilizados pelo Banco Bradesco e pela Esmeralda Holdings não indicam seu fundamento econômico;

- o laudo de avaliação elaborado pela KPMG e datado de 29 de Setembro de 2006, apresentado para demonstrar o fundamento econômico dos ágios não presta para tal fim, conforme já explanado no item 5 retro;

b) não houve qualquer propósito comercial na incorporação da Esmeralda Holdings pela Tempo Serviços, que não fosse a redução da carga tributária do grupo econômico, mediante a utilização do benefício fiscal disposto no artigo 7º, inciso III da Lei 9.532/97;

c) não houve alteração no controle acionário da Tempo Serviços após a incorporação societária: a empresa fiscalizada (incorporadora), que era controlada pelo Banco Bradesco antes da incorporação, continuou submetida ao mesmo controle acionário imediatamente após o evento;

d) para usufruir do benefício fiscal concedido pelos artigos 7º e 8º da lei 9.532/97, fez-se uso de empresa veículo, cuja única finalidade foi reconhecer um ágio interno, para, em seguida, ser incorporada. Assim, verificou-se o uso distorcido dos referidos comandos legais; que não contemplam uma terceira empresa no processo de reorganização societária, não admitindo, portanto, operações trianguladas com o uso de empresa veículo. [...]

Diante de todo o exposto, temos que, além da inaplicabilidade do Laudo de Avaliação de expectativa de rentabilidade futura apresentado, os atos de reorganização societária que culminaram na incorporação da empresa Esmeralda Holdings pela Tempo Serviços foram atos simulados, sem substância econômica, onde a empresa fiscalizada incorpora uma empresa do grupo, recém-constituída, sem qualquer atividade econômica e cujo único patrimônio era um ágio recebido como integralização de capital (empresa veículo), em nada alterando seu quadro societário.

[...]

Logo, **diante de atos simulados de reorganização societária, que culminaram em uma incorporação sem qualquer substância econômica, inaplicável o artigo 386 do Decreto 3.000/99 (artigos 7º e 8º da Lei 9.532/97) e, portanto, indedutível o ágio contabilizado, nos termos do artigo 391 do Decreto 3.000/99.** Sendo assim, efetuamos o lançamento de ofício dos valores correspondentes à amortização de ágio, excluídos indevidamente do lucro real e da base de cálculo da CSLL nos anos-calendário de 2010 e 2011, nos valores de R\$ 169.110.915,36 e R\$ 126.833.186,60, respectivamente.

1.1. Multa de ofício aplicada:

[...] verificou-se no presente caso, o intuito doloso do contribuinte, ao formalizar seus registros contábeis e societários de forma a dar uma aparência de correção a uma amortização em que estejam presentes o ágio interno e reestruturação societária sem a efetiva mudança de controle societário, pretendendo induzir a fiscalização a avaliar uma operação que, nessas circunstâncias, é oponível ao Fisco.

[...]

Desse modo, o dolo encontra-se presente ao buscar meios artificiosos para enganar, para ludibriar o Fisco, realizando operações societárias que, analisadas individualmente, estão perfeitamente legais na forma, mas, no conjunto, na essência, não trazem substância econômica, pois ao final da reorganização societária, o controle acionário retorna à situação inicial, anulando os atos praticados, sendo seu único propósito a economia de tributos.

[...]

2ª INFRAÇÃO: COMPENSAÇÕES INDEVIDAS DE PREJUÍZO FISCAL E DA BC NEGATIVA DA CSLL

Foi detectado no Sistema de Acompanhamento de Prejuízo Fiscal e Base de Cálculo negativa da CSLL/SAPLI inconsistências do contribuinte nos anos-calendário de 2010 e 2011, acusando compensações excedendo o saldo disponível: [...]

A inexistência de saldo deu-se pela compensação de ofício efetuada pelo Fisco quando da autuação do contribuinte em 25/11/2011, formalizada no processo administrativo fiscal nº 10970.720351/2011-88, conforme abaixo demonstrado:

[...]

3ª INFRAÇÃO: INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO DO IRPJ E CSLL SOBRE BASE DE CÁLCULO ESTIMADA

Glosa de exclusões indevidas do Lucro Real e da Base de Cálculo da CSLL na apuração das estimativas mensais dos referidos tributos, ocasionando insuficiência de recolhimento mensal dos mesmos, conforme demonstrativo em anexo, titulado "Falta de Recolhimento de Estimativas Mensais", gerando multa isolada de 50% sobre os valores não recolhidos, conforme disposto no artigo 44, inciso II.

[...]

4ª INFRAÇÃO: INSUFICIÊNCIA DE PAGAMENTO DA CSLL, DECORRENTE DE ALTERAÇÃO DE ALÍQUOTA

Conforme disposto no artigo 17 da Lei nº 11.727 de 2008, a partir de 1º de Maio de 2008, a alíquota da CSLL passou de 9% para 15%, no caso de pessoas jurídicas de seguros privados, das de capitalização e das referidas nos incisos I a VII, IX e X do §1º do art. 1º da LC nº 105/2001 (bancos de qualquer espécie, distribuidoras de valores mobiliários, corretoras de câmbio e de valores mobiliários, sociedades de crédito, financiamento e investimentos, sociedades de crédito imobiliário, **administradoras de cartões de crédito**, sociedades de arrendamento mercantil, administradoras de mercado de balcão organizado, cooperativas de crédito, associações de poupança e empréstimo, bolsas de valores e de mercadorias e futuros, entidades de liquidação e compensação).

[...]

Logo, não restam dúvidas de que a empresa fiscalizada exerce não só atividades de administração de cartões de crédito, como também auferir receitas operacionais próprias de instituições financeiras, devendo, pois, aplicar a alíquota de 15% sobre a base de cálculo da CSLL, conforme disposto no inciso I, Artigo 3º da Lei 7.689/88, alterado pelo artigo 17 da Lei nº 11.727 de 2008.

Cientificada dos Autos de Infração, a autuada apresentou impugnação tempestiva (fls. 1.289/1.383), a qual, conforme resumido pela DRJ:

- pede, como preliminar, a nulidade da autuação em face da incorreta recomposição das bases de cálculo do IRPJ nos anos-calendário de 2010 e 2011;

- discorre sobre a “*Efetiva Operação Realizada - Aquisição das Empresas do Grupo AMEX no Brasil para Expansão das Atividades de Cartão de Crédito pelo Grupo Bradesco*”;

- discorre sobre a “*Legitimidade da Aquisição do Investimento com Ágio pela Esmeralda Holdings e Posterior Aproveitamento da sua Dedutibilidade Fiscal pela*

Impugnante” por meio dos itens 1) Natureza Jurídico/Contábil do Ágio na Aquisição de Participações Societárias; 2) Da Licitude da Aquisição de Participação Societária com Ágio Conferida em Integralização de Ações; 3) Tratamento Tributário do Ágio - Dedução Fiscal da Amortização; 4) Da validade dos “Estudos internos” e do Sigilo das negociações; e 4.1) Da ratificação dos estudos internos pelo laudo da empresa especializada;

- defende a necessidade da Esmeralda Holdings - Suposta "Empresa Veículo";

- discorre sobre a Teoria do Propósito Negocial - Aplicabilidade às Operações Praticadas;

- defende a Inexistência de Ágio Interno - Preço de Aquisição Definido entre Partes Independentes e Não Relacionadas;

- defende a inexistência de Sonegação, Fraude ou Conluio e, portanto a impossibilidade de Aplicação da Multa Agravada;

- impugna a glosa do prejuízo fiscal e da base negativa da CSLL demonstrada a legalidade das operações realizadas;

- defende a impossibilidade da Cobrança da Multa Isolada em Razão da Falta de Recolhimento do IRPJ e da CSLL por Estimativa;

- sustenta a inaplicabilidade da Multa Isolada em Razão do Encerramento do ano-base quando da lavratura dos Autos de Infração;

- sustenta a ilegalidade da cobrança de alíquota majorada da CSLL defendendo que a atividade exercida não se subsume à hipótese legal;

- defende a ilegalidade da cobrança de juros sobre a multa.

Em Sessão de 26 de Agosto de 2014, a 2ª Turma da DRJ/BHE julgou a impugnação improcedente por meio do Acórdão nº 02-59.700 (fls. 1.848/1.870), que recebeu a seguinte ementa:

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. AUSÊNCIA DE PROPÓSITO NEGOCIAL. UTILIZAÇÃO DE EMPRESA VEÍCULO. SIMULAÇÃO. MULTA QUALIFICADA.

A sucessão de eventos modificativos de controle societário em um mesmo grupo empresarial sem qualquer finalidade negocial que resulte em incorporação de pessoa jurídica em cuja contabilidade constava registro de ágio com fundamento em expectativa de rentabilidade futura, com utilização de empresa veículo, unicamente para criar de modo artificial as condições para aproveitamento da amortização do ágio como dedução na apuração do lucro real, caracteriza simulação montada para o fim exclusivo de economia tributária, o que autoriza o lançamento de ofício com imposição de multa qualificada em razão do intuito de fraude demonstrado.

MULTA PROPORCIONAL E EXIGIDA ISOLADAMENTE.

Verificada a falta de pagamento do imposto por estimativa, após o término do ano-calendário, o lançamento abrangerá a multa

de ofício sobre os valores devidos por estimativa e não recolhidos; e o imposto apurado em 31 de dezembro, caso não recolhido, acrescido de multa de ofício.

A lei estabelece que, nos lançamentos de ofício, será aplicada multa exigida isoladamente, no percentual de 50%, sobre os valores devidos, e não recolhidos, a título das estimativas mensais, estando o contribuinte sujeito à apuração do lucro real anual, ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa da CSLL, no ano-calendário correspondente.

MULTA DE OFÍCIO. INCIDÊNCIA DE JUROS DE MORA.

A multa de lançamento de ofício sofre a incidência de juros de mora com base na taxa Selic a partir do seu vencimento.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA.

A decisão relativa ao auto de infração matriz deve ser igualmente aplicada no julgamento do auto de infração conexo, decorrente ou reflexo, no que couber, uma vez que ambos os lançamentos, matriz e reflexo, estão apoiados nos mesmos elementos de convicção.

Assunto: Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL

Ano-calendário: 2010, 2011

ADMINISTRADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO. ALÍQUOTA DA CSLL.

As administradoras de cartões de crédito devem apurar a CSLL mediante a aplicação da alíquota majorada de 15% por disposição legal expressa. A divisão de tarefas típicas da atividade entre duas pessoas jurídicas do mesmo grupo societário que venham a atuar de forma reciprocamente complementar não as exclui da condição de administradoras de cartões de crédito, submetendo-se ambas à alíquota majorada na apuração da CSLL devida.

Antes da ciência da decisão de primeiro grau, a contribuinte apresentou petição de fls. 1.877/1.879, por meio da qual informa que efetuou o pagamento à vista de parte da exigência (correspondente à infração nº 04 – CSLL à alíquota de 15%), nos termos do artigo 2º da Lei nº 12.996/2014. Em razão disso, pediu desistência deste item da discussão.

Cientificada da referida decisão em 02/09/2014 (cf. fl. 1.913), a autuada interpôs recurso voluntário (fls. 1.917/1.989), o qual, após praticamente reiterar seus argumentos de defesa, requer o cancelamento integral das exigências formalizadas.

A Fazenda Nacional, por sua vez, também expôs suas razões e requer o não provimento do recurso voluntário (cf. fls. 2.071/2.150).

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Luis Henrique Marotti Toselli

O recurso voluntário é tempestivo e atende os pressupostos para a sua admissibilidade. Dele, portanto, tomo conhecimento.

I) Preliminar

Alega a Recorrente que a fiscalização não abateu de ofício os saldos negativos existentes nos anos calendário autuados, o que tornaria os lançamentos nulos.

Ocorre, porém, que a DRJ se certificou de que a contribuinte transmitiu, em 2012, pedidos de restituição e compensação para os mesmos períodos, relativos aos Saldos Negativos de IRPJ, conforme dados das declarações indicados na decisão.

Ou seja, o suposto crédito passível de compensação de ofício, no momento da emissão da autuação, já estava "comprometido", afinal o próprio contribuinte deu a eles outra destinação, qual seja, a de compensar outros débitos próprios.

Segundo, aliás, dispõe o artigo 74, § 2º, da Lei n. 9.430/96, *a compensação declarada à Secretaria da Receita Federal extingue o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação*.

Dessa forma, rejeito a preliminar, uma vez que a compensação pleiteada não possui fundamento legal.

II) Mérito

No mérito, o cerne do presente litígio diz respeito à glosa da exclusão de despesas com amortização de ágio pago na aquisição das ações da American Express.

Em linhas gerais, referida participação societária foi adquirida com ágio pago pelo Bradesco aos antigos sócios da Recorrente. Após finalizada a operação de aquisição, o ágio foi "transferido" mediante integralização do investimento na sociedade Esmeralda Holdings Ltda., a qual, logo em seguida, foi incorporada pela Recorrente.

A glosa da exclusão da parcela desse ágio, repita-se, já foi objeto de lançamento de ofício nos autos do processo administrativo fiscal nº 10970.720351/2011-88. Após leitura do TVF que embasa a presente autuação, verifica-se que a autoridade fiscal responsável registra que o presente lançamento é continuidade do lançamento anterior, razão pela qual se valeu dos mesmos fundamentos e alegações daquela outra demanda.

E conforme relatado, identificam-se ao menos três critérios jurídicos adotados a fim de legitimar a cobrança. São eles:

(i) que o aproveitamento fiscal do ágio é inválido, uma vez que o laudo apresentado para comprovar seu fundamento econômico contém vícios que o tornaria imprestável;

(ii) que os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97 (art. 386 do RIR/99) – dispositivos que prevêem a dedutibilidade fiscal da amortização do ágio – constitui um benefício fiscal que deve ser interpretado de forma restrita, nos termos do artigo 111 do CTN. Assim, o direito à dedução, nessa situação particular, estaria limitado apenas às hipóteses de incorporação da Recorrente pelo Banco Bradesco ou vice-versa, e nada mais; e

(iii) que a operação, tal como estruturada, não possui propósito negocial, caracterizando espécie de negócio simulado celebrado exclusivamente para gerar economia indevida de tributo.

Nesse contexto, convém frisar que o processo administrativo originário já foi julgado em segunda instância pelo CARF. Por maioria de votos, o lançamento foi considerado procedente apenas em função do quanto alegado no item (iii). Os argumentos relativos aos itens (i) e (ii) foram afastados. Ambas as partes (Recorrente e Fazenda Nacional), todavia, interpuseram recursos que aguardam julgamento.

Não obstante, os três distintos raciocínios que nortearam a autuação devem ser enfrentados. Por questões de objetividade e clareza, passarei a me manifestar sobre cada um deles em tópicos distintos.

II.I) Fundamento econômico de ágio

À época dos fatos narrados, encontrava-se em vigor, sem alterações, o artigo 20 do Decreto-Lei nº 1.598/77, base legal do artigo 385 do RIR/99, *in verbis*:

“Artigo 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:

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.

§ 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.

Como se percebe, tal dispositivo estabelece que o contribuinte que avaliar um investimento pelo método da equivalência patrimonial deve, no momento da aquisição, desdobrar o respectivo custo entre *valor patrimonial das ações adquiridas* e *ágio*. O ágio é calculado pela diferença entre o valor pago pela participação societária e o correspondente valor patrimonial, podendo ter os seguintes *fundamentos econômicos*: **(a)** valor de mercado dos bens do ativo superior ao registrado na contabilidade; **(b)** rentabilidade futura esperada da investida; e **(c)** fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

O ágio decorrente dos itens **(a)** e **(b)** deve estar fundamentado, nos termos da lei, *em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração*.

De plano, cumpre notar que a legislação até então vigente nunca exigiu laudo técnico específico emitido por terceiro. Não há, aliás, nenhum critério legal que estabelece a forma, muito menos a metodologia de avaliação acerca da previsão de rentabilidade futura.

O ágio de que ora se trata foi apurado pelo Banco Bradesco – empresa controladora da Recorrente – na aquisição das empresas do grupo Amex. Nesta operação entre partes não relacionadas, foi efetivamente pago ágio da ordem de R\$850MM. Tais fatos, aliás, foram apurados e confirmados pela fiscalização, conforme exposto no TVF.

Alega a Recorrente que a aquisição em questão foi realizada, diferentemente do quanto afirmado pela fiscalização, com base em estudo interno elaborado por profissionais técnicos integrantes do próprio Bradesco, tendo sido a KPMG, empresa de auditoria que emitiu o laudo questionado, chamada posteriormente apenas para validar o conteúdo desse documento interno que norteou a fixação do preço.

De fato, a Recorrente, por ocasião da defesa, apresentou Carta datada de 18/08/2005 (fls. 1.525/1.547), enviada ao Banco Bradesco por entidade representante da Amex, confirmando a existência de negociações no ano anterior ao do fechamento da operação de aquisição. Anexou, também, demonstrativos e detalhado estudo interno, denominado “*Projeto Amazonas – Aquisição Empresas do Grupo Amex*” (fls. 1.548/1.619), datado de dezembro/2005, por meio do qual avalia os aspectos gerais do negócio, simula os impactos financeiros da operação e mensura o ágio a ser desembolsado.

Posteriormente, em 12 de julho de 2006, o Banco Bradesco também requereu a emissão de laudo da KPMG (fls. 1.621/1.649), laudo este datado de setembro/2006 que, além de validar referido estudo, logo na segunda página atesta expressamente que o ágio pago diz respeito à previsão de rentabilidade futura das empresas investidas.

Essa documentação, diga-se de passagem, foi considerada suficiente para comprovar o fundamento econômico do ágio quando do julgamento do recurso voluntário interposto pela Recorrente no processo originário. Reproduzo, a seguir, algumas passagens do voto condutor:

Contudo, a liberdade probatória não pode ser atendida como dispensa da necessidade de demonstração da formação do ágio e da sua fundamentação.

Conforme já comentado, a contribuinte apresentou laudo de avaliação econômica financeira do Grupo Amex Brasil para a data-base 31/08/2005, elaborado por KPMG Corporate Finance Ltda (fl. 423)

A Turma recorrida rejeitou a prova tendo em vista ser de 29/09/2006 enquanto a aquisição dos negócios da Amex no Brasil acontecera anteriormente, em 30/06/2006. O documento serviria apenas para “convalidar” a transação previamente concluída, imprestável para atendimento do “requisito legal para a amortização do ágio já pago”.

Não é bem assim.

Uma transação dessa magnitude é costumeiramente um empreendimento prolongado, especialmente quando envolve grupos empresariais de grande porte com atuação internacional negociando a aquisição de controle societário e, muitas vezes, transferências de direitos de exploração de atividades econômicas.

As discussões levam meses, até anos, para fechamento do negócio, geralmente exigindo-se das partes sigilo acerca das negociações, por razões óbvias de zelo quanto às repercussões no mercado em geral e nas bolsas de valores em especial.

Carta de 18/08/2005, em língua inglesa, sobre o interesse na aquisição de “100% of Amex,s Brazilian Business” enviada ao Bradesco por Goldman Sachs em nome da Amex, confirma a existência de negociações no ano anterior ao da conclusão do negócio (fl. 1.532).

O contrato de compra e venda de ações estabeleceu 31/08/2005 como data base para os “balanços patrimoniais combinados” das empresas brasileiras do Grupo Amex (fl. 681).

A contribuinte também trouxe aos autos detalhada apresentação do “Projeto Amazonas – Aquisição de Empresas do Grupo Amex”, de dezembro de 2005, elaborado pelo Departamento de Orçamento e Controle do Bradesco (fls. 1.545), contendo demonstração de informações econômico-financeiras atuais e projetadas para o futuro. Também apresentou demonstrativo do valor do ágio pago (fls. 671).

Acrescente-se a necessidade de acompanhamento por órgãos estatais de controle, o que efetivamente ocorreu na aquisição ora avaliada, comprovado pelo contribuinte com a carta de autorização expedida pelo Departamento de Organização do Banco Central do Brasil (fls. 1.617), de 29/06/2006, e com o acórdão de aprovação da operação pelo Cade, adotado na sessão de 07/03/2007 (fls. 1.621).

Vê-se, portanto, que a negociação se iniciou bem antes da conclusão da transação, no ano anterior, o que pressupõe a existência de dados econômico-financeiros disponíveis para a realização das avaliações necessárias. Não seria estranho

cogitar-se da possibilidade de conversas entre dirigentes das instituições envolvidas antes mesmo da carta datada de 18/08/2005, consultando o Bradesco sobre o interesse no negócio. A carta seria apenas o meio para formalizar a intenção já revelada em contatos prévios.

A possibilidade de laudo para “convalidar” o acordo celebrado entre as partes não deveria causar espanto, é bem possível que assim o seja. O laudo viria consolidar todos os dados dispersos que lastrearam as discussões, permanecendo arquivado à disposição do Fisco, do Banco Central, dos sócios e dos demais interessados.

Na hipótese aventada não há razão para rejeição como comprovação do laudo feito posteriormente, desde que apresentados elementos complementares, como de fato aconteceu no caso sob exame, tendo-se em mente a inexistência de prazo fixado na legislação. [...]

Essa transcrição, apesar de longa, é bastante elucidativa e, segundo penso, reflete a melhor solução ao caso concreto. Com base, então, nesses mesmos argumentos, afastos as alegações acerca da imprestabilidade do laudo, bem como da pretensa ausência de fundamento econômico do ágio.

II.II) Amortização fiscal do ágio

Antes da edição da Lei nº 9.532/1997, o ágio na aquisição de investimento somente possuía efeitos fiscais na tributação do ganho ou perda de capital quando de sua alienação, conforme artigo 33 do Decreto-Lei nº 1.598/77.

Ocorre, porém, que essa situação foi alterada pela Lei nº 9.532/97, a qual dispõe, nos seus artigos 7º e 8º, que:

Artigo 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:*

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;

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.

Artigo 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.

Ricardo Mariz de Oliveira¹, ao comentar tais dispositivos, leciona que:

O objetivo da norma legal é permitir que o ágio fundado em expectativa de rentabilidade, pago na aquisição de um negócio através da aquisição de participação societária na pessoa jurídica que explore esse negócio, seja lançado contra os lucros desse negócio, de modo a que os tributos devidos sobre tais lucros sejam calculados após a dedução da amortização do ágio.

O espírito dessa norma é inequívoco, pois a lei permite a amortização do ágio quando ele tenha por fundamento econômico a expectativa de lucros futuros daquele negócio, o que bem justifica a consideração do ágio como dedutível na proporção da realização desses lucros, estabelecida na demonstração desse fundamento, e observado o limite máximo anual previsto na lei, embora, como dito, não haja absoluta e mandatória correlação entre as quotas de amortização de cada período-base e o lucro nele apurado efetivamente.

Por isso mesmo, para que esse objetivo seja atingido, é necessário trazer o lucro para dentro da pessoa jurídica que tenha adquirido a participação societária com expectativa de rentabilidade do mesmo (situação descrita no art. 7º) ou levar o ágio para dentro da pessoa jurídica produtora do lucro esperado (situação descrita no art. 8º), o que faz por incorporação ou cisão de uma delas e absorção pela outra. Ou, ainda, o mesmo objetivo pode ser alcançado levando-se o ágio e o lucro para dentro de uma nova pessoa jurídica, o que se faz por fusão das duas pessoas jurídicas.

Com efeito, a permissão para a dedutibilidade do ágio com fundamento econômico na expectativa de rentabilidade futura, prevista no artigo 7º, inciso III, acima, funda-se, em um primeiro plano, no *princípio da neutralidade tributária* do imposto de renda, e, num segundo, no *princípio do emparelhamento de receitas e despesas*.

O princípio da neutralidade preconiza que, em regra, o tratamento tributário de um resultado da transação (tributação do rendimento recebido) define o tratamento tributário correspondente (dedutibilidade do rendimento pago).

Na hipótese de ágio, o sobrepreço incorrido na aquisição de um investimento, assim considerado o valor que excede aquele registrado pelo método da equivalência patrimonial, implica, para o vendedor, o recebimento de um valor que repercutirá na apuração do IRPJ e da CSLL, ao passo que, para o comprador, o sobrepreço pago na aquisição do investimento será um componente dedutível. Isso, aliás, decorre da própria lógica da sistemática de apuração do lucro real.

O preço pago a título de ágio é gasto do adquirente e, como tal, deve ser confrontado com as suas respectivas receitas, que com ela guardem relação intrínseca, para que possa ser levado ao resultado. É o que decorre do princípio contábil do “emparelhamento das receitas e despesas”, de observância obrigatória por todas as empresas.

¹ Fundamentos do Imposto de Renda. São Paulo: Quartier Latin. P. 767.

Resta, assim, indagar qual é o momento em que esta dedutibilidade deve ser realizada. E para responder tal indagação, basta consultar o próprio artigo 7º, que condiciona a amortização fiscal do ágio quando há a confusão patrimonial entre as empresas investidora e investida, mais precisamente em razão de fusão, cisão ou incorporação, ainda que reversa (art. 8º).

Na prática, tudo leva a crer que a amortização do ágio para fins tributários foi introduzida no contexto das privatizações como um incentivo aos investidores e um meio de atrair propostas mais rentáveis para aquisição das empresas públicas.

Sobre o assunto, oportuno o comentário do Conselheiro Valmir Sandri quando do voto proferido no Acórdão nº 1301-000.999:

A motivação que levou o legislador a editar esta norma (...) foi aumentar as ofertas dos participantes do leilão das empresas desestatizadas, mediante a garantia aos investidores da dedutibilidade do ágio pago na aquisição das empresas. Porém, especialmente na privatização das concessionárias de serviços públicos, a norma não alcançaria seu objetivo se não houvesse permissão para a utilização de incorporação invertida e de empresa veículo.

A possibilidade de dedução da amortização é condicionada à junção dos patrimônios. Como os licitantes, na quase totalidade dos casos, são grupos de empresas dos mais variados setores da economia (grandes construtoras, seguradoras, fundos de previdência, bancos de investimentos, etc.), a junção patrimonial direta, para utilização do benefício, seria impossível.

É curial que não era objetivo do PND extinguir as empresas concessionárias de serviços públicos. Por isso, a previsão expressa da possibilidade de operação invertida (a investida absorvendo a investidora).

Por seu turno, as investidoras também não têm interesse em serem extintas, e mais, podem ter limitações reguladoras específicas, que impeçam a junção patrimonial.

Assim, a única forma de viabilizar a utilização do benefício é concentrar a participação societária adquirida (com ágio) no leilão numa empresa veículo (sociedade com propósito específico), a qual seria incorporada pela investida.

[...]

Portanto, operações como as ora submetidas a julgamento nada têm de planejamento ilícito ou inoponível ao fisco, sendo, ao contrário, atuações induzidas pelo Poder Público.

Além de a possibilidade de dedução do ágio permitido pelo artigo 7º da Lei nº 9.532/97 ter sido uma forma encontrada pelo Governo de incrementar os preços das ofertas nos leilões de privatização (conduta induzida), o normativo deixou ao inteiro talante dos contribuintes o momento de obter o aproveitamento fiscal do sobrepreço pago (opção fiscal), ao vincular a

dedutibilidade do ágio a partir do evento incorporação, fusão ou cisão.

Desde então, a figura do "ágio" tem sido amplamente utilizada também no contexto de fusões e aquisições entre particulares e, até mesmo, entre partes relacionadas em operações que não raramente se valem de negócios jurídicos duvidosos.

A crescente utilização de ágio e seu abuso, pois, chamaram a atenção das autoridades fiscais, que reagiram com um verdadeiro “caça às bruxas” a tais operações, passando a autuar os contribuintes praticamente de forma generalizada, mas sem perceber que, em muitos casos, acabaram confundindo operações lícitas com operações ilícitas.

Nesse contexto, o que precisa ficar claro é que a dedução fiscal do ágio tem sentido lógico e, mais ainda, possui previsão legal. E, conforme visto, a regra legal permite o aproveitamento fiscal das despesas de amortização do “sobrepço” fundado em rentabilidade futura desde que (i) o ágio seja legítimo; e (ii) que haja confusão patrimonial entre investidora e investida, o que ocorre através de fusão, incorporação ou cisão.

Nessa situação concreta, houve o pagamento efetivo de ágio fundado em rentabilidade futura e gerado por meio de negócio celebrado entre partes independentes. Legítimo, portanto, o ágio!

Também a confusão patrimonial se fez presente dentro do grupo econômico. A partir do momento em que ocorreu a incorporação, ainda que reversa, o acervo patrimonial da investidora – que registrou os sacrifícios do investimento - acabou sendo emparelhado com o patrimônio da investida – onde as receitas são esperadas, caracterizando a confusão patrimonial².

A propósito, como ressaltou a própria fiscalização (fls. 1.188), caso a incorporação tivesse sido feita de forma direta pelas partes (Banco Bradesco e Recorrente), o direito ao aproveitamento fiscal seria legítimo.

Nota-se, ao assim relatar, que a fiscalização parece ter, na verdade, um preconceito com o uso das chamadas “empresas veículos”, afirmando peremptoriamente que a utilização desse tipo de estrutura não estaria contemplada pelos referidos artigos 7º e 8º.

Esse raciocínio, porém, resta equivocado por pelo menos três motivos.

Primeiro porque, ao assim proceder, a autoridade fiscal acabou se colocando indevidamente na posição de Legislador, criando restrição legal que não existe nas normas apontadas.

Ora, a ocorrência da incorporação em si, ainda que envolva a chamada empresa veículo, é meramente instrumental. A participação da empresa veículo na operação, desde que o ágio seja real (como é no presente caso), não desvirtua o benefício fiscal, nem agride o espírito da lei, que trata, como demonstrado, a absorção de patrimônio como mero expediente formal para a dedução.

² Na época dos fatos, não custa lembrar que o Banco Bradesco detinha 100% do capital da Esmeralda, incorporada, e 99,99% da Tempo Serviços (Recorrente), incorporadora. A Esmeralda, por sua vez, detinha 99,99% da incorporadora.

Segundo porque a jurisprudência do CARF caminha no sentido de que, uma vez demonstrado que seria possível a dedução do ágio por incorporação direta, não há óbices para que o grupo econômico transfira o ágio efetivamente pago para outra de suas empresas, ainda que veículo ou mero canal de passagem, aproveitando-se do benefício fiscal em outra parte da estrutura societária.

E, finalmente, o uso de empresas veículos nesse tipo de estrutura configura conduta induzida pelo próprio Direito, afinal foi positivamente autorizado em face dos mencionados dispositivos legais. Vale dizer, a adoção de incorporação por intermédio de empresa veículo, em detrimento de incorporação direta entre investidora e investida, corresponde a uma política de tributação consentida no ordenamento jurídico.

Nesse sentido, volto a invocar o posicionamento do Conselheiro Valmir Sandri, quando analisou situação semelhante ao presente caso (Acórdão nº 1301-000.999):

O problema da reorganização societária “ilícita” do ponto de vista tributário está quando a causa, isto é, a função econômica-social que o direito objetivo atribui a determinado negócio jurídico, é distorcida para criar, instituir ou estabelecer uma vantagem fiscal. Seria o caso (não presente neste processo) de “ágio fabricado internamente”, quando a operação societária cria um ágio artificialmente, para assim obter a vantagem fiscal.

O vício está na formação do ágio e não no seu aproveitamento posterior, quando da incorporação. Entretanto, é óbvio que o vício do ágio macula o seu próprio aproveitamento.

[...]

Neste caso, a lei concede o benefício fiscal, e condiciona o seu aproveitamento, isto é, a vantagem fiscal estipulada em lei, à pessoa jurídica que absorver o patrimônio de outra. Trata-se de indução de norma fiscal à realização de absorção de patrimônio de empresa por intermédio de incorporação, cisão ou fusão, o que não passou despercebido do Poder Legiferante, que corroborou isso ao vetar o projeto de lei que pretendia revogar a norma isencional em tela.

Assim, por tudo que foi dito acima, entendo, sem nenhuma dúvida, não ter ocorrido, quer simulação, quer abuso de direito e/ou planejamento tributário em desacordo com a lei, mas tão somente a prática de conduta abarcada e induzida pelo ordenamento jurídico, por intermédio das regras estipuladas nos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, sem qualquer prejuízo para a Fazenda Pública que pudesse caracterizar economia ilícita de imposto, pois a escolha de outras soluções legais e diretas produziria idêntica consequência tributária com relação à amortização de ágio feita por intermédio da empresa veículo. (Acórdão nº 1301-000.999. Sessão de 07 de Agosto de 2012)”

Com base, então, no que foi descrito acima, afasto a alegação de que a Recorrente teria infringido os requisitos de dedutibilidade do ágio.

II.III) Da análise da ocorrência de “simulação”

O terceiro e último argumento invocado pela fiscalização para caracterizar a infração relativa à amortização do ágio é o de que teria havido *atos simulados de reorganização societária, que culminaram em uma incorporação sem qualquer substância econômica*.

De fato, a simulação permite ao fisco afastar os atos considerados inexistentes e descortinar aqueles efetivamente praticados. A simulação, pois, constitui hipótese de revisão de ofício prevista no artigo 149, VII, do CTN, *in verbis*:

“Artigo 149 – O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos:

[...]

VII – quando se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação.

As teses tradicionais sobre o conceito de simulação desenvolveram seus estudos dentro do âmbito do negócio jurídico, partindo da premissa de que a simulação corresponde a um defeito, um vício do negócio jurídico.

Simular é tornar semelhante, dar aparência ao que não é verdadeiro; a simulação pode comparar-se a um fantasma, a dissimulação a uma máscara. É este o ponto de partida adotado na clássica obra de Francisco Ferrara³, civilista italiano que muito influenciou a doutrina brasileira. Adepto da teoria voluntarista, leciona que o negócio simulado implica a ocorrência de uma aparência diferente da realidade. Assim, a característica marcante do negócio simulado seria a divergência intencional entre a vontade e a declaração, visando iludir terceiros.

A crítica que se costuma fazer dessa teoria diz respeito à ausência da aludida divergência. Precisamente porque os simuladores declaram espontaneamente o que querem, não seria pertinente falar na existência de conflito entre a vontade e a declaração. É certo que não lhe querem os efeitos, mas querem a forma do negócio; a aparência desse negócio é-lhes indispensável por razões que as levam a simular⁴.

Diante dessa crítica, a teoria declarativista – que possuiu menor influência que a teoria voluntarista –, ainda conferindo enfoque subjetivista à simulação, passa a sustentar que a vontade interna não possui significado enquanto não seja declarada, razão pela qual a simulação deve ser vista como um conflito entre declarações. Desse modo, as partes emitiriam uma *declaração* dirigida ao público e uma *contradeclaração* para conhecimento restrito das partes (um “contrato de gaveta”, por exemplo), de modo que o efeito do negócio seria neutralizado. O negócio simulado, então, não seria um negócio inexistente, mas sim um negócio sem resultado jurídico.

O principal argumento oposto à teoria declarativista consiste no fato de que o negócio simulado não seria neutralizado por um ato posterior, já que desde sua origem

³ A simulação dos negócios jurídicos. Trad. Dr. A. Bossa. São Paulo: Saraiva. 1939. P. 50

⁴ Cf. Custódio da Piedade Ubaldino Miranda. A simulação no direito civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1980, P. 37.

corresponde a um ato aparente. Desta forma, a *contradecaração* não teria como revelar caráter modificativo, mas meramente declaratório. Ademais, a prerrogativa da nulidade advém do ordenamento jurídico, e não da autonomia da vontade⁵.

As críticas às duas teorias subjetivas apontadas (voluntarista e declarativista) e o momento histórico ensejaram o exame do instituto da “simulação” por um viés alternativo, o que deu azo às manifestações integradas na dita teoria objetivista (ou teoria causalista), a qual já dá sinais de prevalência na doutrina pátria acerca do tema.

Francesco Carnelutti⁶ foi um dos que inaugurou a vertente teórica objetivista no campo de estudo da simulação, a qual para o autor é um incidente relacionado à *inadequação da causa*, decorrente da circunstância de um ato ser querido para o atendimento de interesse diverso ou incompatível com os seus respectivos efeitos jurídicos.

Com efeito, todo ato ou negócio jurídico tem uma causa, chamada de “causa jurídica” ou “função típica”, que nada mais é do que os efeitos jurídicos que se espera do negócio celebrado. Atente-se que a *causa* corresponde às *consequências jurídicas* inerentes a cada *tipo* negocial.

Como bem resume Orlando Gomes⁷, *não é a causa antecedente, mas causa final, isto é, o fim que atua sobre a vontade para lhe determinar a atuação no sentido de celebrar certo contrato.*

Por isso mesmo, Heleno Tavares Torres⁸ expõe que:

“Causa é a finalidade, a função, o fim que as partes pretendem alcançar com o ato que põem em execução, sob a forma de contrato, para adquirir relevância jurídica. Por isso, a causa é elemento essencial do negócio, como fim de realizar uma operação apreciável economicamente, devendo ser sempre lícita e passível de tutela pelo direito positivo. E para cada contrato ou ato jurídico, somente uma causa. No contrato de venda e compra, a causa é o intuito de entregar um bem recebendo um preço correspondente. Caso seja um bem por outro, a causa já individualiza um outro contrato, o de permuta; e se não há intuito de obter o pagamento de preço, mas apenas atribui um bem a outrem, aumentando o patrimônio deste, a causa já impõe outra qualificação, o de um contrato de doação.

Para Emílio Betti⁹, expoente da tese objetivista e muito citado pela doutrina brasileira, a simulação é o resultado de um conflito insanável entre o escopo típico e a causa. Ela expressa um abuso da função instrumental do negócio jurídico. Assim, o elemento fático, notadamente o comportamento negocial, deve participar diretamente da valoração dos vícios da causa. Haverá simulação se houver incompatibilidade entre a causa típica do negócio (*causa abstrata*) e a intenção prática concretamente procurada pelas partes (*causa concreta*).

⁵ Cf. Fábio Piovesan Bozza. Planejamento tributário e autonomia privada. São Paulo: Quartier Latin. P. 158

⁶ Sistema del Diritto Processuale Civile, vol II. Pádua: CEDAM. 1938.

⁷ Contratos. Rio de Janeiro: Forense. 1987. P. 57.

⁸ Direito tributário e direito privado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2003. P. 141/142.

⁹ Teoria Geral do Negócio Jurídico. Campinas: Servanda. 2008. P. 562 e 578.

Com base, então, na teoria causalista (ou objetivista), a *causa concreta* atribui individualidade ao negócio jurídico. É a “porta de entrada” para interpretar o efetivo conteúdo negocial, definir a sua qualificação jurídica (se típico ou atípico) e, após isso, verificar sua compatibilidade ou não com o respectivo *tipo (causa abstrata)*, a fim de aferir se o ato ou negócio é legítimo - quando há esta compatibilidade; ou simulado - quando não há tal compatibilidade.

Dentre as classificações feitas no âmbito da simulação, a mais importante é aquela que se faz em função ao *fim* a que se presta. Assim, se é a própria simulação a relação jurídica estabelecida entre as partes, fala-se em *simulação absoluta*. Caso, porém, se tem por finalidade a celebração de um negócio para esconder outro, o dissimulado, estaremos diante da *simulação relativa*.

Na simulação absoluta as partes criam um ato ou negócio que é meramente aparente, produzindo uma ilusão aos olhos de quem vê. Declaram algo que não ocorreu. Assim, por exemplo, determinada pessoa simula alienar imóvel com o objetivo de fraudar a partilha diante de uma dissolução de união estável. Já na simulação relativa as partes celebram um negócio para encobrir outro. Declaram que ocorreu uma coisa (doação, por exemplo) para encobrir coisa diferente, dissimulada (como uma compra e venda).

Na fértil imaginação de alguns autores a simulação absoluta já foi chamada de *simulação nua, corpo sem alma, ilusão externa, fantasma, negócio vazio e véu enganador*; a simulação relativa, por sua vez, não raramente costuma ser referida como *simulação vestida, máscara, roupagem, invólucro e túnica*. E o intuito enganatório das partes, o *acordo simulatório*, costuma ser descrito como *malícia, artimanha, artifício, astúcia, manha*, dentre outros signos¹⁰.

O Código Civil de 1916 disciplinava a simulação como causa de anulabilidade do negócio jurídico (art. 147, II). A simulação inocente, ou seja, aquela praticada sem o objetivo de prejudicar terceiros ou disposição legal, não era considerada defeituosa (cf. art. 103), razão provável da prevalência, até então, da teoria voluntarista.

Com o Código Civil de 2002, a simulação foi inserida no capítulo “Da Invalidade do Negócio Jurídico”, passando a ser causa de nulidade do negócio, nos termos do *caput* do artigo 167:

“Artigo 167 - É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.

Ricardo Mariz de Oliveira, em texto publicado sobre a simulação no Código Tributário Nacional e na prática¹¹, embora admita que a visão *objetivista* ou *causalista* de simulação passou a ganhar dimensão mais visível, buscou conciliar as correntes voluntarista e objetivista. Enquanto a teoria voluntarista enxerga a simulação pela desconformidade entre a vontade interna e o ato ostensivo, a teoria causalista a vê pela confrontação entre o ato externo e a respectiva causa, exatamente porque elas o utilizam tão somente para esconder outra realidade. Seriam diferentes enfoques compatíveis.

¹⁰ Exemplos extraídos da obra de Alberto Xavier. Tipicidade da tributação, simulação e norma antielisiva. São Paulo: Dialética. 2002. P. 55.

¹¹ Revista de Direito Atual, v. 27. São Paulo: Dialética. P. 565.

Já Tércio Sampaio Ferraz Jr¹² se manifestou como simpatizante da teoria causalista. Veja-se:

[...] a estrutura da mentira tem, no CC/2002 uma configuração diferente. [...] O novo Código altera o enquadramento da simulação. Não se trata, necessariamente, de um defeito (da vontade, maliciosa ou inocente), mas da presença de um requisito de validade aparentemente consistente com as regras de validade, mas, na verdade, inconsistente. [...]

Como, então, as partes muitas vezes simulam (o negócio, portanto, é nulo), mas um fato (econômico), de algum modo acontece, o novo Código Civil (art. 167, par. 2º) ressalva os direitos de terceiros de boa-fé em face dos contraentes do negócio jurídico simulado. Por exemplo, o Fisco. [...]

Na comprovação da simulação, não caberia ao Fisco examinar a “real” intenção, mas visar ao uso inconsistente do meio (negócio típico) para atingir os resultados típicos, e, assim, mediante esses resultados, alcançar outros fins.

[...] é indispensável examinar a ocorrência de “ações simuladoras”, isto é, ações que apenas simulam uma determinada consequência de fato. Ou seja, que as partes, ao eleger um negócio jurídico típico frustram suas consequências e, com isso, mostram que verdadeiramente não queriam o negócio que escolheram, mas outro. Com isso, o negócio jurídico e a sua execução econômica se mostram apartados.

Finalmente, ainda convém informar que já existem manifestações que pretendem dar autonomia (tipicidade) ao negócio simulado. É o caso da obra de Luiz Carlos de Andrade Júnior, autor este que, após criticar a idéia tradicional de que a simulação consiste em um defeito no negócio jurídico, busca demonstrar, no negócio simulado, uma manifestação de autonomia privada típica pela qual as partes conjugam esforços para, através do engano, perseguirem um determinado resultado, e que é nula porque a lei assim estipula. Ao definir o conceito de simulação, leciona que “*simulação é um programa de autonomia privada pelo qual as partes articulam ações e omissões com o objetivo de criar a ilusão negocial, assim entendido o erro coletivo, objetivamente aferível, relativo à interpretação e/ou à qualificação do negócio jurídico*”¹³.

Delineadas as principais correntes doutrinárias acerca da matéria, passa-se a verificar as hipóteses de simulação positivadas no artigo 167, § 1º, do Código Civil:

§1º - Haverá simulação nos negócios jurídicos quando:

I - aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem;

¹² Simulação e negócio jurídico indireto no direito tributário à Luz do novo código civil. Revista Fórum de Direito Tributário, v. 48. Belo Horizonte: Fórum, P. 10.

¹³ A simulação no Direito Civil. São Paulo: Malheiros. 2016. P. 19.

II - contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira;

III - os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados.”

O primeiro inciso, quando se refere aos negócios jurídicos que aparentam conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se transmitem, compreende a simulação subjetiva. Trata-se de hipótese de simulação relativa, afinal haverá dois negócios: o negócio simulado, nulo, e o dissimulado, pelo qual realmente se transmitem os direitos.

Nesses casos de interposição de pessoas, cumpre observar que considera-se simulada apenas a *interposição fictícia*, que é diferente da *interposição real*. Na interposição fictícia, o sujeito não quer aparecer no negócio, razão pela qual interpõe uma pessoa que concorda em substituí-lo para satisfazer a aparência. Não raramente a ação do interposto fictício limita-se a “emprestar” seu nome nos documentos formais da operação negocial, sendo comumente chamado de *testa de ferro, laranja, presta-nome*, dentre outros rótulos.

O segundo inciso – simulação objetiva - versa sobre declarações falsas (ou, com maior precisão semântica, declarações mentirosas). Nesta hipótese se enquadrariam mais facilmente os casos de simulação em face da divergência entre vontade e declaração, caso adotada a teoria voluntarista; os casos de negócio com vício de causa, para a teoria objetivista da simulação; e os casos de prática de negócio simulado enquanto contrato típico.

A última hipótese (inciso III) – simulação de data – ocorre diante da presença de uma data *não verdadeira*. O negócio, assim, é simulado porque o aspecto temporal (isto é, o momento no qual foi de fato realizado) é aparente, ou melhor, simulado para o passado (*antedatado*) ou para o futuro (*pós datado*).

Feitas essas considerações, e diante das teorias mais relevantes sobre a matéria, forçoso concluir que, em se tratando de reorganizações societárias ou qualquer outro negócio celebrado no âmbito do Direito Privado, haverá simulação apenas se (i) existir divergência entre a vontade e a declaração ou entre declarações; (ii) as consequências jurídicas verificadas na prática (*causa concreta*) não se prestarem ao seu tipo ou fins jurídicos (*causa abstrata*) ou (iii) quando as partes se valerem de um negócio simulado típico para criarem uma ilusão negocial aos olhos de quem vê.

Uma vez afastada a simulação (ou existência de fraude) - o que se faz mediante comprovação da validade jurídica do negócio e sua efetiva ocorrência no mundo dos fatos -, incabível a tentativa de requalificação ou desconsideração dos atos ou negócios praticados pelos contribuintes.

Voltando ao caso concreto, a fiscalização concluiu que, para usufruírem do aproveitamento fiscal do ágio pago pelo Bradesco na compra da rede de cartões da Amex, as partes se valeram da Esmeralda Holding Ltda, uma "empresa veículo sem substância", que foi considerada simulada por falta de propósito negocial.

Também o Acórdão proferido no processo administrativo originário se manifestou nessa mesma linha. Veja-se:

No caso concreto, a fiscalização indicou a Esmeralda Holding Ltda como empresa-veículo, constituída em 18/03/2005 com

capital social de R\$ 1.000,00 e objeto social “administração, locação, compra e venda de bens próprios e participação em outras sociedades como cotista ou acionista”, permanecendo inativa até o evento de incorporação, sem registro de receita bruta e despesas administrativas na DIPJ e de empregados e ativo imobilizado, afirmações da autoridade fiscal não contestada pela contribuinte.

As únicas operações realizadas durante a existência da Esmeralda foram a sua aquisição pelo Bradesco, o aumento de capital e a incorporação pela Tempo (autuada), todas, pode-se afirmar, a um só momento e voltadas para criar as condições para transferência e dedução do ágio da base de cálculo tributável.

Examinando-se o contexto de fato, bem se vê que nada mudou na distribuição de atividades do Grupo Bradesco antes e depois da incorporação da Esmeralda pela contribuinte autuada.

A Esmeralda serviu tão-somente de “canal de passagem do ágio” na sucessão de eventos societários ocorridos, como bem dito pela autoridade fiscal, tratando-se de clássico caso de empresa veículo.

Constata-se, portanto, que o alegado “planejamento estratégico” foi montado apenas à economia tributária.

Nota-se que, no *leading case*, prevaleceu o entendimento, por maioria de votos, de que a simulação se deu pela ausência de propósito negocial da Esmeralda Holding Ltda., afinal aquela *empresa veículo* foi utilizada exclusivamente para gerar economia tributária.

Ora, trata-se a Esmeralda, na verdade, de *holding*, que como tal, tem por objeto social a participação em outras empresas, em conformidade com o comando previsto no art. 2º, § 3º, da Lei nº 6.404/76 a seguir transcrito:

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.

A duração de uma sociedade varia conforme o interesse das partes. Segundo 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.*

É perfeitamente normal, ou melhor, válido sob o prisma jurídico a existência de sociedades efêmeras e outras de longa duração, o que vai depender dos fins sociais e econômicos estabelecidos pelos sócios. A curta duração da empresa não constitui, por si só, nada.

Nesse contexto, entendo que a Esmeralda Holding foi constituída em conformidade com os preceitos em questão. Não há, ao contrário do que quer fazer crer a autoridade autuante, *ilusão negocial* sobre a existência e finalidade desta *holding*. E qual foi a sua finalidade? Ora, foi a de participar da aquisição da atividade de cartões de crédito do Grupo Amex no Brasil pelo Grupo Bradesco, permitindo a alocação do investimento em uma única "ponta", bem como a individualização da nova operação em uma única empresa do grupo, mas sem perder de vista o aproveitamento fiscal do ágio.

O Banco Bradesco, investidor, ao invés de promover uma incorporação direta, optou por se valer de uma *holding* específica para este fim, pois não era do seu interesse incorporar as atividades inerentes ao novo negócio (administração de cartões de crédito da bandeira Amex) às operações já existentes.

O ágio gerado na operação de aquisição de cartões de crédito precisou, então, ser transferido para uma empresa "não contaminada", "pura", ou seja, uma *holding* constituída justamente para esta finalidade.

Ressalte-se, por oportuno, que a Esmeralda Holding foi constituída em março/2005 e, findas as tratativas e concluída a operação de aquisição (junho/2006), as partes alocaram o ágio e implementaram uma incorporação reversa, concretizando a referida pretensão inicial.

Não custa lembrar que a incorporação reversa foi positivada por meio do artigo 8º, da Lei nº 9.532/97, dispositivo legal este que, conforme visto, permite expressamente a aplicação da dedução fiscal do ágio mesmo quando a empresa incorporada for aquela que detinha a participação societária.

Nesse estado de coisas, não vejo nenhuma divergência ou contradição entre a vontade das partes e os negócios por ela firmados. Não há declaração enganosa. Não há negócio vazio de conteúdo. Não há negócio aparente ou dissimulado. Pelo contrário, aquilo que foi declarado pelas partes foi de fato realizado. Não há, portanto, simulação sob o enfoque subjetivista.

Também não houve incompatibilidade entre os instrumentos jurídicos utilizados e seus respectivos *tipos*. A Esmeralda Holding cumpriu sua finalidade jurídica de participar em outras sociedades, ainda que exclusivamente em relação à uma única aquisição societária. O *tipo holding* permite tal empreitada, afinal participar de companhias é a sua *causa abstracta*.

Logo em seguida, a Esmeralda Holding celebrou contrato por meio da qual é incorporada às avessas pela Recorrente (*causa concreta* do negócio). Esta "passagem", por mais preconceito que possa se ter, está em total pertinência com o *tipo* deste evento societário e com o mencionado artigo 8º, da Lei 9.532/97.

Não restam dúvida, contudo, de que a reorganização societária utilizada não só serviu à sua causa, como também denota a materialização de um direito conferido pelo Legislador, razão pela qual também não restou caracterizada a simulação sob o viés objetivista.

A meu ver, a economia tributária gerada em face da criação e posterior incorporação da Esmeralda Holding foi uma consequência econômica dos negócios jurídicos legítimos praticados pela parte. Olhando as operações tanto de forma isolada (as *fotos*) quanto como um todo (o *filme*), não há nenhum negócio simulado. Estamos, pois, diante de um exemplo clássico de elisão fiscal, isto é, um planejamento tributário lícito.

II.IV. Precedentes jurisprudenciais

Ressalte-se, ainda, que a jurisprudência desta E. 2ª Câmara vem afastando autuações fundadas na glosa de amortização de ágios dessa natureza. Transcrevo abaixo ementas de alguns julgados recentes sobre o tema:

DESPESAS COM AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. Se o ágio na aquisição do investimento efetivamente ocorreu, não sendo fruto de operações entre empresas do mesmo grupo econômico (ágio interno), incabível a glosa da despesa com sua amortização fundada no emprego da assim chamada "empresa veículo". (Acórdão nº 1201-001.242. Sessão de 15 de dezembro de 2015).

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. USO DE EMPRESA VEÍCULO. APROVEITAMENTO POR OUTRA EMPRESA DO GRUPO. PROPÓSITO NEGOCIAL. POSSIBILIDADE. Em regra, é legítima a dedutibilidade de despesas decorrentes de amortização de ágio efetivamente pago, devidamente fundamentado em rentabilidade futura, e decorrente de transação entre partes independentes. Caso exista um propósito negocial válido e se demonstre ser possível a dedução do ágio por incorporação direta, não há óbices para que o grupo econômico transfira o ágio efetivamente pago para outra de suas empresas, aproveitando-se do benefício fiscal em outra parte da estrutura societária, mesmo se para isso se utilizar de empresa veículo. (Acórdão nº 1201-001.364. Sessão de 01 de março de 2016).

ÁGIO FUNDAMENTADO EM EXPECTATIVA DE RESULTADOS FUTUROS. DEDUTIBILIDADE DA AMORTIZAÇÃO. A legislação que permite a dedução da amortização do ágio em determinadas circunstâncias e desde que preenchidos determinados requisitos é norma indutora de comportamento do contribuinte. Não havendo ocorrência de fraude ou simulação e tendo sido verdadeiras e legítimas as operações perpetradas, inclusive, com a ocorrência do efetivo pagamento do preço, a dedução do ágio é possível, ainda que o benefício fiscal seja o principal ou mesmo o único elemento motivador. Uma vez demonstrado o devido propósito negocial e substância econômica na realização de reorganizações societárias, a dedução da amortização do ágio torna-se ainda mais justificada. UTILIZAÇÃO DE EMPRESA VEÍCULO. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE VEDAÇÃO LEGAL. A utilização da chamada "empresa veículo" não guarda qualquer ilegalidade ou abuso em si, sendo necessária a identificação de

outros elementos como a fraude ou simulação para que a glosa da dedução do ágio se justifique. Na hipótese em que presentes para o contribuinte, outras opções de movimentação societária que resultariam no mesmo efeito tributário que é a dedução do ágio, a eventual utilização de empresa veículo configura simples decisão de negócios que não prejudica o benefício fiscal. LAUDO DE AVALIAÇÃO. INTEMPESTIVIDADE. FALTA DE PREVISÃO LEGAL. Indevida a glosa do aproveitamento do ágio sob fundamento de intempestividade do laudo de avaliação vez que sequer existia previsão legal acerca da obrigatoriedade do laudo à época dos fatos. (Acórdão nº 1201-001.438. Sessão de 07 de junho de 2016).

ÁGIO FUNDAMENTADO EM EXPECTATIVA DE RESULTADOS FUTUROS. DEDUTIBILIDADE DA AMORTIZAÇÃO. A legislação que permite a dedução da amortização do ágio em determinadas circunstâncias e desde que preenchidos determinados requisitos é norma indutora de comportamento do contribuinte. Uma vez norteado o permissivo legal para a amortização do ágio contido no art. 7º da Lei 9532/97 e, de fato concretizada a confusão patrimonial que reúne as despesas de amortização fiscal do ágio e os lucros que motivaram o pagamento do ágio baseado em expectativa de rentabilidade futura, possibilitando o emparelhamento de receitas e despesas, torna-se legal a amortização do ágio. PROPÓSITO NEGOCIAL. VALIDADE DA OPERAÇÃO. Não havendo ocorrência de fraude ou simulação e tendo sido verdadeiras e legítimas as operações perpetradas, inclusive, com a ocorrência do efetivo pagamento do preço, a dedução do ágio é possível, ainda que o benefício fiscal seja o principal ou mesmo o único elemento motivador. Uma vez demonstrado o devido propósito comercial e substância econômica na realização de reorganizações societárias, a dedução da amortização do ágio torna-se ainda mais justificada. ÁGIO. TRANSFERÊNCIA. EMPRESA VEÍCULO. INCORPORAÇÃO REVERSA. VALIDADE. O uso de empresa veículo e de incorporação reversa, por si só, não invalidam as operações societárias que transferiram o ágio da investidora original para a empresa investida, estando diretamente vinculadas ideologicamente a um propósito comercial. [...] VALIDADE DO LAUDO DE AVALIAÇÃO. DESNECESSIDADE DE CONCRETIZAÇÃO DOS RESULTADOS ESPERADOS. FLUXO DE CAIXA DESCONTADO. Sob o respaldo do Princípio da Legalidade, constata-se que não há nenhuma necessidade de comprovação específica, através de laudo de avaliação, da rentabilidade futura que fundamente o ágio. A metodologia do fluxo de caixa descontado, desde que aplicada corretamente, utilizando premissas compatíveis com os negócios da empresa adquirida, deve ser considerada apropriada para se avaliar a expectativa de rentabilidade futura. Quanto a não concretização da expectativa projetada por ocasião do pagamento do ágio, ressalte-se a total desnecessidade da efetiva produção dos resultados esperados, dos lucros de fato. O fundamento econômico positivado na lei tributária é a expectativa de rentabilidade futura e não sua efetiva verificação. (Acórdão nº 1201-001.534. Sessão de 05 de outubro de 2016).

ÁGIO FUNDAMENTADO EM EXPECTATIVA DE RESULTADOS FUTUROS. DEDUTIBILIDADE DA AMORTIZAÇÃO. A legislação que permite a dedução da amortização do ágio em determinadas circunstâncias e desde que preenchidos determinados requisitos é norma indutora de comportamento do contribuinte. Uma vez norteado o permissivo legal para a amortização do ágio contido no art. 7º da Lei 9532/97 ou art. 386 do RIR/99 e, de fato concretizada a confusão patrimonial que reúne as despesas de amortização fiscal do ágio e os lucros que motivaram o pagamento do ágio baseado em expectativa de rentabilidade futura, possibilitando o emparelhamento de receitas e despesas, torna-se legal a amortização do ágio. Não havendo ocorrência de fraude ou simulação e tendo sido verdadeiras e legítimas as operações perpetradas, inclusive, com a ocorrência do efetivo pagamento do preço, a dedução do ágio é possível, ainda que o benefício fiscal seja o principal ou mesmo o único elemento motivador. Uma vez demonstrado o devido propósito negocial e substância econômica na realização de reorganizações societárias, a dedução da amortização do ágio torna-se ainda mais justificada. *ÁGIO. TRANSFERÊNCIA. EMPRESA VEÍCULO. INCORPORAÇÃO REVERSA. VALIDADE.* O uso de empresa veículo e de incorporação reversa, por si só, não invalida as operações societárias que transferiram o ágio da investidora original para a empresa investida, estando diretamente vinculadas ideologicamente a um propósito negocial. Verificadas as condições legais, especialmente a confusão patrimonial entre investidora e investida, deve ser admitida a amortização fiscal do ágio. (Acórdão nº 1201-001.554. Sessão de 14 de fevereiro de 2017).

INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADE. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. INOCORRÊNCIA DE SIMULAÇÃO, ABUSO DE DIREITO OU ABUSO DE FORMA. No contexto do programa de privatização, a efetivação da reorganização de que tratam os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, mediante a utilização de empresa veículo, desde que dessa utilização não tenha resultado aparecimento de novo ágio, não resulta economia de tributos diferente da que seria obtida sem a utilização da empresa veículo e, por conseguinte, não pode ser qualificada de planejamento fiscal inoponível ao fisco. (Acórdão nº 1201-001.559. Sessão de 15/02/2017).

Diante do exposto, e em face desses precedentes jurisprudenciais, entendo legítima a exclusão fiscal da parcela do ágio, razão pela qual afasto a sua glosa.

III) Compensação de prejuízos fiscais e de bases negativas de CSLL em excesso

As compensações decorreram justamente das "infrações" relativas à amortização do ágio, excluídas neste voto.

Por questões lógicas, então, as exigências decorrentes deste item, enquanto meros reflexos da referida glosa, devem ser exoneradas.

IV) Multa Isolada

Caso sejam apuradas estimativas a pagar após a exclusão dos valores ora cancelados, necessário enfrentar a procedência ou não da cobrança de multa isolada eventualmente exigida em relação à infração que foi paga no Refis pela contribuinte (diferença de alíquota (9% para 15%) - financeiras).

Pois bem. A discussão sobre a legitimidade ou não da cobrança cumulativa de multa isolada e multa de ofício não é recente, mas é tema que ainda demanda atenção.

Com a aprovação da Súmula CARF nº 105, restou sedimentado que: “a multa isolada por falta de recolhimento de estimativas, lançada com fundamento no art. 44 § 1º, inciso IV da Lei nº 9.430, de 1996, não pode ser exigida ao mesmo tempo da multa de ofício por falta de pagamento de IRPJ e CSLL apurado no ajuste anual, devendo subsistir a multa de ofício.”

Na prática, a Súmula aplica-se indubitavelmente para os fatos compreendidos até 31/12/2006.

Dizemos indubitavelmente porque há corrente doutrinária e jurisprudencial que sustenta que, após a nova redação dada pela Lei nº 11.488/2007 ao art. 44 da Lei nº 9.430/96 (que passou a produzir efeitos a partir de 2007), não haveria mais espaço para interpretação diversa daquela que afirma a possibilidade da exigência de multa isolada, mesmo nos casos em que houver sido imposta a multa de ofício pela falta de pagamento anual do IRPJ e da CSLL.

Vejamos, então, o que dispõe o art. 44 da Lei 9.430/96, com a redação dada pela Lei nº 11.488/2007:

Artigo 44 - Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;

II - de 50% (cinquenta por cento), exigida isoladamente, sobre o valor do pagamento mensal:

a) na forma do art. 8º da Lei no 7.713, de 22 de dezembro de 1988, que deixar de ser efetuado, ainda que não tenha sido apurado imposto a pagar na declaração de ajuste, no caso de pessoa física;

b) na forma do art. 2º desta Lei, que deixar de ser efetuado, ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo

negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente, no caso de pessoa jurídica.

§ 1º - O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos 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.”

Nota-se que a multa do inciso I é aplicável nos casos de totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata. Já a multa prevista no inciso II, porém, é passível de exigência sobre o valor do pagamento mensal de estimativa que deixar de ser efetuado, ainda que não tenha sido apurado imposto a pagar na declaração de ajuste, no caso de pessoa física e ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente, no caso de pessoa jurídica.

Adotando uma interpretação sistemática, me parece que o mais razoável é não admitir a cumulação das multas, devendo a infração prevista no inciso II ser absorvida quando o caso concreto também se enquadrar na hipótese de multa mais onerosa (inciso I).

Com efeito, aplicar a multa de ofício de 75% sobre o valor apurado de IRPJ, juntamente com o principal, e, ao mesmo tempo, pretender exigir a multa de 50% sobre o IRPJ não antecipado no mesmo período de apuração, representa uma violação à razoabilidade e proporcionalidade.

Vale dizer, a cobrança de multa de ofício de 75% sobre o tributo não pago supre a exigência da multa isolada de 50% sobre eventual estimativa (antecipação do tributo devido) não recolhida. Admitir o contrário permite que duas penalidades incidam sobre uma mesma base de cálculo (bis in idem), o que é vedado no sistema jurídico.

Ao analisar essa matéria, destaca-se a seguinte passagem do voto condutor proferido pelo Sr. Ministro Humberto Martins, da 2ª Turma do STJ (Resp 1.496.354-PR. Dje 24/03/2015):

“Sistematicamente, nota-se que a multa do inciso II do referido artigo somente poderá ser aplicada quando não possível a multa do inciso I.

Destaca-se que o inadimplemento das antecipações mensais do imposto de renda não implicam, por si só, a ilação de que haverá tributo devido. Os recolhimentos mensais, ainda que configurem obrigações a pagar, não representam, no sentido técnico, o tributo em si. Este apenas será apurado ao final do ano calendário, quando ocorrer o fato gerador.

As hipóteses do inciso II, “a” e “b”, em regra, não trazem novas hipóteses de cabimento de multa. A melhor exegese revela que não são multas distintas, mas apenas formas distintas de aplicação da multa do art. 44, em consequência de, nos casos ali descritos, não haver nada a ser cobrado a título de obrigação tributária principal.

As chamadas “multas isoladas”, portanto, apenas servem aos casos em que não possam ser exigidas juntamente com o tributo devido (inciso I), na medida em que são elas apenas formas de exigência das multas descritas no caput.

Esse entendimento é corolário da lógica do sistema normativo-tributário que pretende prevenir e sancionar o descumprimento de obrigações tributárias. De fato, a infração que se pretende repreender com a exigência isolada da multa (ausência de recolhimento mensal do IRPJ e CSLL por estimativa) é completamente abrangida por eventual infração que acarrete, ao final do ano calendário, o recolhimento a menor dos tributos, e que dê azo, assim, à cobrança da multa de forma conjunta.”

Em decisão mais recente, a C. 2ª Turma do STJ ratificou seu posicionamento, conforme atesta a ementa do seguinte julgado:

“TRIBUTÁRIO. [...]. CUMULAÇÃO DE MULTA DE OFÍCIO E ISOLADA. IMPOSSIBILIDADE.

[...]

2. Nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos casos de declaração inexata, seria cabível a multa de ofício ou no percentual de 75% (inciso I), ou aumentada de metade (parágrafo 2º), não se cogitando da sua cumulação.” (Resp 1.567.289-RS. Dje 27/05/2016).

Sobre o tema, precisas as colocações do Conselheiro Marcos Takata em voto proferido no Acórdão nº 1103-001-097 (DOU 28/11/2014):

“É de cartesiana nitidez, para mim, que a aplicação da multa de ofício de 75% sobre o valor não pago do IRPJ e da CSL efetivamente devidos, cobráveis juntamente com esses, exclui a aplicação da multa de ofício de 50% (multa isolada) sobre o valor não pago do IRPJ e da CSL mensal por estimativa, do mesmo ano-calendário.

Isso, seja por interpretação lógica dos preceitos citados (aliás, para além disso, pode-se dizer que é corolário lógico), seja por interpretação finalística do aet. 44, I e II, da Lei nº 67.943/96.

Apenando o continente, desnecessário e incabível apenar o conteúdo. Se já se penaliza o todo, não há sentido em se penalizar também a parte do todo. Noutros termos, é a aplicação do princípio da consunção em matéria penal.

Como penalizar pelo todo e ao mesmo tempo pela parte do todo? Isso seria uma contradição de termos lógicos e axiológicos – e mesmo finalísticos (teleológicos).” (fls. 1.369).

Adotando essa linha de raciocínio, afasto a aplicação da multa isolada.

Processo nº 10600.720016/2014-31
Acórdão n.º **1201-001.811**

S1-C2T1
Fl. 22

VII) Conclusão

Por todo o exposto, conheço do RECURSO VOLUNTÁRIO para DAR-LHE PROVIMENTO.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Luis Henrique Marotti Toselli

Voto Vencedor

Conselheiro Paulo Cezar Fernandes de Aguiar, Redator designado.

Peço vênia para discordar do nobre relator com relação aos termos do seu voto, no que tange às multas isoladas decorrentes da infração relativa à CSLL - instituições financeiras.

No caso de insuficiência de pagamento mensal do tributo por estimativa, do ano-calendário 2007 em diante é aplicável o disposto no artigo 44, inciso I, alínea "b" da Lei nº 9.430/96 (redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007):

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

I de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;

II de 50% (cinquenta por cento), exigida isoladamente, sobre o valor do pagamento mensal:

(...)

b) na forma do art. 2º desta Lei, que deixar de ser efetuado, ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente, no caso de pessoa jurídica.
(Grifo acrescido).

Conforme se vê da legislação acima transcrita, caso não efetuado o pagamento do tributo devido mensalmente por estimativa, cabe a imputação de multa isolada, sobre a totalidade (caso em que não se pagou nenhum valor a título de estimativa mensal) ou a diferença entre o valor que deveria ter sido pago e o efetivamente pago, apurado a cada mês do respectivo ano-calendário.

A legislação dispõe que é cabível a aplicação da referida multa, ainda que a pessoa jurídica tenha apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa de CSLL ao final do período de apuração.

E a nova redação dada ao dispositivo legal, aplicável aos fatos geradores ocorridos a partir de 22 de janeiro de 2007, afastou qualquer dúvida sobre a possibilidade de aplicação concomitante das multas de ofício e das multas isoladas por insuficiência de estimativa mensal.

As hipóteses de incidência que ensejam a imposição das penalidades da multa de ofício e da multa isolada em razão da falta de pagamento da estimativa são distintas, cada qual tratada em inciso próprio no artigo 44 da Lei nº 9.430/1996.

Observa-se que os incisos I e II do artigo 44 da Lei nº 9.430/1996, tratam de suportes fáticos distintos e autônomos, com diferenças claras na temporalidade da apuração que tem por consequência a aplicação das penalidades sobre bases de cálculo diferentes. A

multa de ofício aplica-se sobre o resultado apurado anualmente, cujo fato gerador aperfeiçoa-se ao final do ano-calendário.

Por sua vez, a multa isolada é apurada conforme balancetes elaborados mês a mês ou, ainda, mediante receita bruta acumulada mensalmente. Ou seja, são materialidades independentes, não havendo que se falar em concomitância.

Assim, voto no sentido de manter a multa isolada de CSLL, caso sejam apurados valores de estimativas a pagar dessa contribuição após a exclusão dos valores cancelados, relativamente à infração que foi paga no Refis pela contribuinte (diferença de alíquota, 9% para 15% - financeiras).

(assinado digitalmente)

Paulo Cezar Fernandes de Aguiar