



**Ministério da Economia**  
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



**Processo nº** 10600.720031/2019-93  
**Recurso** Voluntário  
**Acórdão nº** 1201-006.251 – 1ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 20 de fevereiro de 2024  
**Recorrente** MAGNESITA REFRATARIOS S.A  
**Interessado** FAZENDA NACIONAL

**ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL**

Ano-calendário: 2013, 2014, 2015, 2016, 2017, 2018

ADMISSIBILIDADE. ALEGAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE. SÚMULA CARF Nº 2. DECISÕES DO STF. AUSÊNCIA DE VINCULAÇÃO.

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária. O reconhecimento da inconstitucionalidade de outras penalidades tributárias por violação ao art. 150, IV da Constituição Federal em julgados nos quais não se delimitou um patamar a partir do qual a confiscatoriedade restaria caracterizada não autoriza, quanto menos vincula este conselho a reconhecer o caráter confiscatório da multa de ofício de que trata o art. 44, I e § 1º da Lei nº 9.430/96 por violação ao art. 150, VI da CF. Trata-se de matéria cuja Repercussão Geral foi reconhecida no RE nº 736.090, ainda não julgado.

**SOBRESTAMENTO. MATÉRIA AFETADA POR REPERCUSSÃO GERAL. IMPOSSIBILIDADE.**

A omissão consciente manifestada no atual RICARF (Portaria MF Nº 343, de 09 de junho de 2015), posterior à publicação do CPC/2015, decorre da revogação da previsão originalmente contida no §1º do art. 62-A da Portaria MF nº 256/2009 que versava especificamente acerca do sobrestamento em face de processo judicial.

As alterações regimentais que extirparam do RICARF anterior a possibilidade de sobrestamento do processo administrativo quando o STF também sobrestasse o julgamento dos recursos extraordinários acerca da mesma matéria deixam clara a intenção de que, a partir do novo RICARF, não mais seria autorizada tal prática.

**CUSTOS DE TRANSAÇÃO ATIVADOS COMO ÁGIO. INDEDUTIBILIDADE SOB TAL RUBRICA.**

Muito embora os custos envolvidos com as transações societárias em que se apurou ágio possam, em tese, ser dedutíveis integralmente como despesas, não se confundem com o preço pago pelas participações societária. Não se pode admitir, neste momento processual, a reclassificação pretendida pela Recorrente, porque não há nos autos prova dos requisitos de dedutibilidade de tais despesas sob a nova categoria defendida pelo contribuinte e a

argumentação trazida aos autos para defender a dedutibilidade das despesas em questão.

**ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA (IRPJ)**

Ano-calendário: 2013, 2014, 2015, 2016, 2017, 2018

ÁGIO. NATUREZA JURÍDICA. AQUISIÇÃO. TRANSFERÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE.

O ágio de que trata o artigo 20 do Decreto-Lei nº 1.598/1977 é uma expectativa de direito condicionada, oponível apenas ao Fisco e que se exaure no momento em que são atendidas as condições legais para a sua existência. Portanto, é um bem fora de comércio, pela sua natureza, não sendo apto a integralizar capital social subscrito. Pelo mesmo motivo, é bem que não pode ser transferido para terceiros.

**AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. EMPRESA VEÍCULO.**

O uso de empresa veículo não prejudica, por si só, o direito de deduzir a despesa de ágio quando da fusão, cisão ou incorporação. Todavia, a interposição de empresa veículo com a única finalidade de transferir o ágio para terceiros caracteriza a inexistência de propósito negocial aceitável, por ser uma impossibilidade jurídica, para fins tributários.

**ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO (CSLL)**

Ano-calendário: 2013, 2014, 2015, 2016, 2017, 2018

ÁGIO. AMORTIZAÇÃO. ADIÇÃO À BASE DE CÁLCULO DA CSLL. EXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL.

A adição, à base de cálculo da CSLL, de despesas com amortização de ágio deduzidas indevidamente pela contribuinte encontra amparo nas normas que regem a exigência da referida contribuição, conforme os itens 1 e 4 da alínea "c" do §1º do art. 2º da Lei 7.689/88

**ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO**

Ano-calendário: 2014, 2015, 2016, 2017, 2018

MULTA QUALIFICADA. EMPRESA VEÍCULO. AUSÊNCIA DE CARACTERIZAÇÃO DE CONDUTA DOLOSA.

A utilização de empresa veículo em operações societárias, por si só, não caracteriza o dolo do contribuinte sobre a infração tributária.

**ESTIMATIVA. MULTA ISOLADA. LANÇAMENTO APÓS O FINAL DO PERÍODO DE APURAÇÃO DO TRIBUTO.**

O artigo 44 da Lei nº 9.430/1996 autoriza a aplicação da multa isolada após o final do período de apuração dos tributos, uma vez que prevê a sua exigência "ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal [...] no ano-calendário correspondente".

**ESTIMATIVA. MULTA ISOLADA. MULTA OFÍCIO. CONCOMITÂNCIA.**

A antecipação do tributo é uma obrigação acessória, exigível mesmo quando não há tributo a recolher na data do fato gerador. Assim, a antecipação não se confunde com a obrigação de pagar o tributo, sendo incomparáveis as suas bases de cálculo e, daí, não havendo impedimento para a exigência concomitante das duas sanções.

#### RETIFICAÇÃO DOS SALDOS DE PREJUÍZO FISCAL E BASE DE CÁLCULO NEGATIVA DA CSLL

A retificação dos saldos de prejuízo fiscal e de base negativa da CSLL deve acompanhar a exoneração parcial dos lançamentos tributários.

#### **ASSUNTO: OUTROS TRIBUTOS OU CONTRIBUIÇÕES**

Ano-calendário: 2014, 2015, 2016, 2017, 2018

IRPJ. CSLL. TRIBUTAÇÃO REFLEXA.

Tratando-se da mesma matéria fática e não havendo aspectos específicos a serem apreciados, aplica-se a mesma decisão sobre o lançamento de IRPJ para os demais lançamentos decorrentes.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em dar parcial provimento ao recurso voluntário para exonerar a qualificação da multa de ofício, a qual deve ser exigida no percentual ordinário de 75%, e para reconhecer a decadência parcial da exigência tributária, nos termos do voto do redator designado para redigir o voto vencedor. Vencidos os Conselheiros Lucas Issa Halah (relator) e Alexandre Evaristo Pinto, que davam provimento ao recurso. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Neudson Cavalcante Albuquerque. O Conselheiro Alexandre Evaristo Pinto manifestou intenção de apresentar declaração de voto.

(documento assinado digitalmente)

Neudson Cavalcante Albuquerque – Presidente e Redator designado

(documento assinado digitalmente)

Lucas Issa Halah - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Jose Eduardo Genero Serra, Fredy Jose Gomes de Albuquerque, Carmen Ferreira Saraiva (Suplente Convocado(a)), Lucas Issa Halah, Alexandre Evaristo Pinto e Neudson Cavalcante Albuquerque.

### **Relatório**

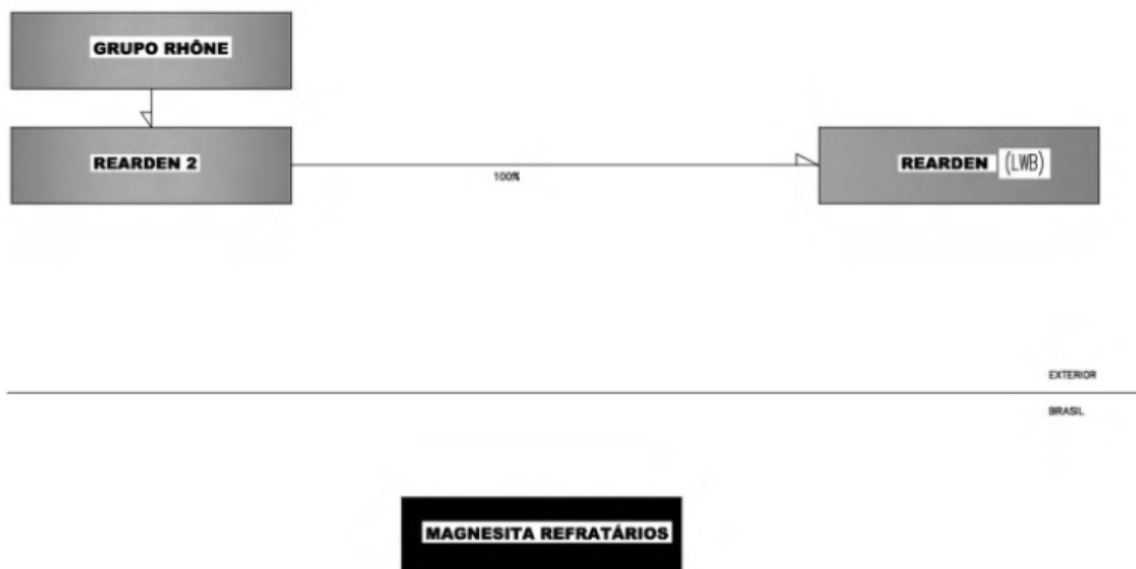
Conforme bem descreve o Acórdão Recorrido, a operação societária sob análise pode ser assim sintetizada:

“Em 07/09/2008, a Magnesita Refratários celebra com a empresa estrangeira REARDEN L. HOLDINGS 2 S.À.R.L. (REARDEN 2), companhia do grupo

estrangeiro Rhône, acordo (“*Transaction Agreement*”) para aquisição da empresa alemã REARDEN G HOLDING EINS GMBH (REARDEN), a qual centralizava o controle das empresas estrangeiras do Grupo LWB.

De acordo com o contrato, a totalidade das ações da REARDEN seria adquirida pela interessada de duas formas: 45,59% das ações seria pago em dinheiro; e 54,41% seria pago em ações de emissão da própria Magnesita Refratários (23.457.778 ações ordinárias, que equivaliam a 10,97% do seu capital social total).

O desenho esquemático abaixo representa a situação inicial antes da aquisição da Rearden por Magnesita Refratários S/A (MRSA):



No mês de outubro/2008, a fim de operacionalizar o acordo, o Grupo Rhône promove a alteração de sua estrutura societária, com a inserção:

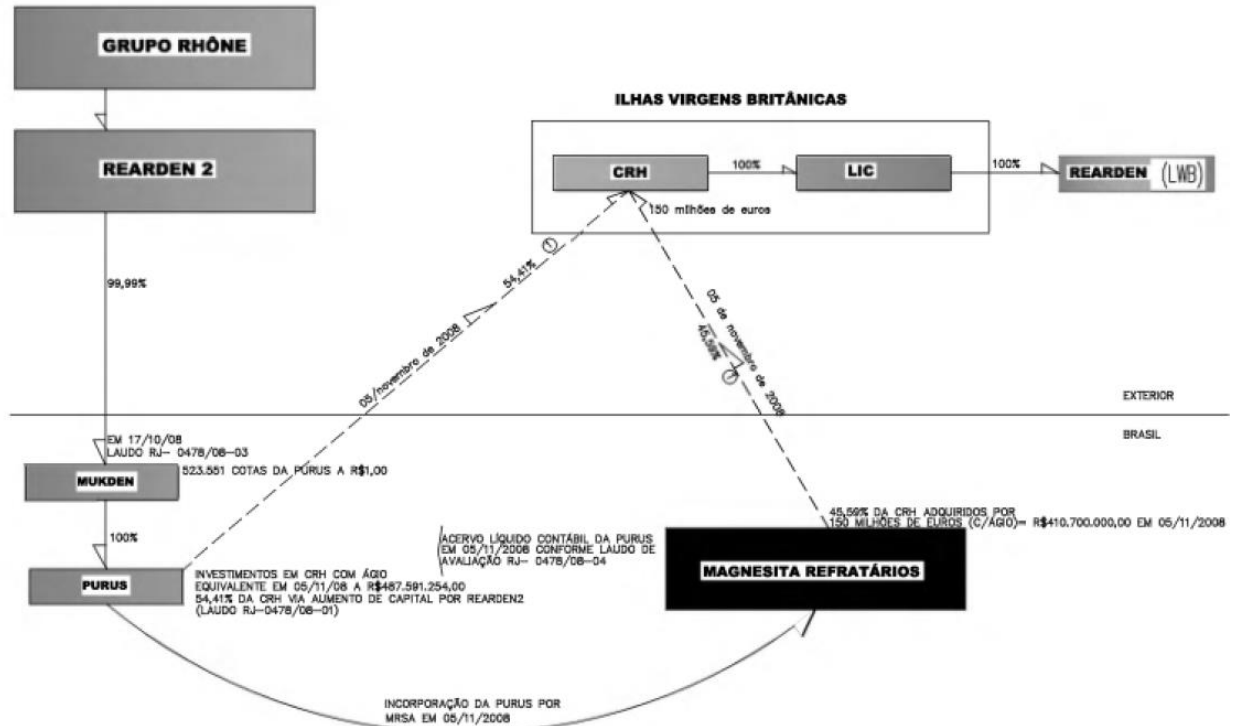
(i) no Exterior, de duas empresas: CARIBBEAN REFRACTARIES HOLDINGS LTD (CRH) e LWB ISLAND COMPANY LTD (LIC), sendo a primeira uma Holding que controla 100% da segunda, a qual, por sua vez, controla 100% da REARDEN; e

(ii) no Brasil, de duas empresas: PURUS PARTICIPAÇÕES LTDA (PURUS), constituída pela REARDEN 2 com ações da CRH e MUKDEN PARTICIPAÇÕES LTDA (MUKDEN), que controla a PURUS.

Em 19/10/2008, conforme previsto no acordo, a interessada adquire 45,59% das ações da REARDEN mediante o pagamento de R\$ 413,656 milhões em dinheiro. Tal operação foi concretizada societariamente da seguinte forma: a Magnesita Refratários aumenta o capital da CRH no valor de R\$ 413.656.500,00, e recebe em troca 45,59% das ações da CRH. Em face dessa aquisição, a Magnesita registra um ágio (por rentabilidade futura) relativo a CRH no valor de R\$ 143.047.733,03.

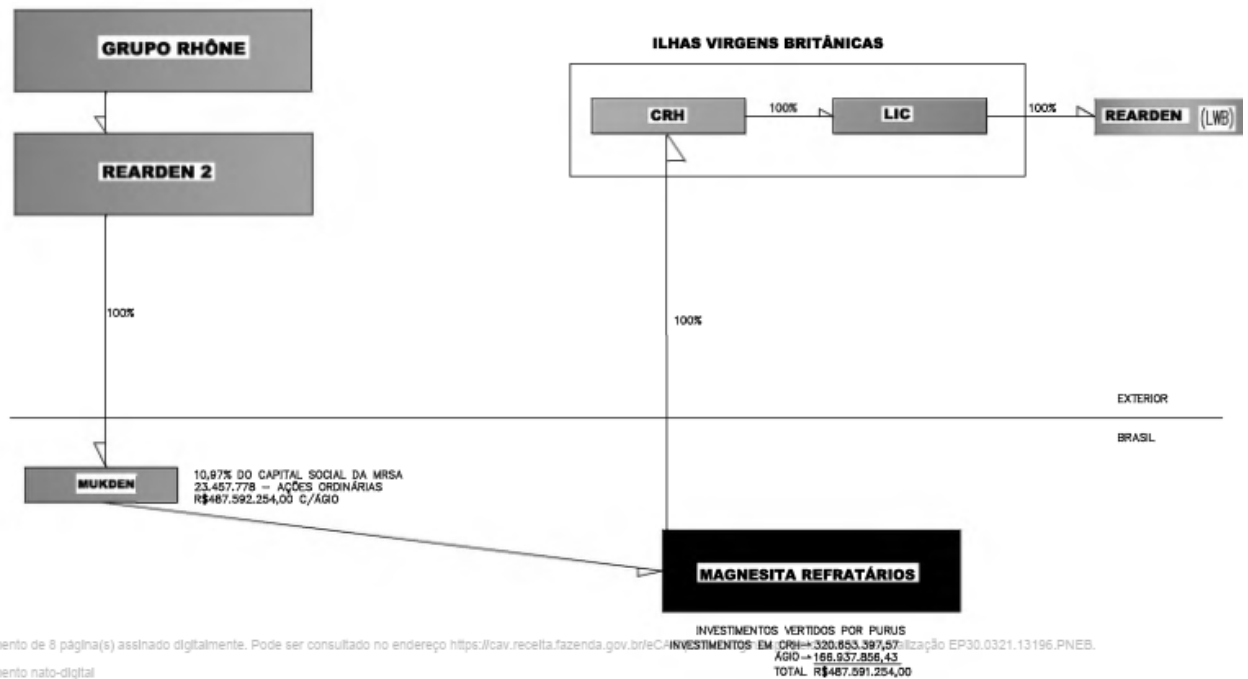
Ainda nessa data, é iniciada a aquisição dos 54,41% restantes da REARDEN. Assim, a REARDEN 2 integraliza o aumento de capital da PURUS mediante a transferência dos 54,41% das ações da CRH, pelo valor de R\$ 487.591.254,00. Com isso, a PURUS registra um ágio (por rentabilidade futura) relativo a CRH no valor de R\$ 166.937.856,43.

Naquele instante, essa era a estrutura societária:



Em 05/11/2008, no intuito de por fim à aquisição dos 54,41% restantes, a interessada incorpora a PURUS, passando a ser a única controladora da CRH, e, assim, a deter indiretamente o controle sobre 100% das ações da REARDEN; em troca, cede à MUKDEN, 10,97% de suas ações pelo valor de R\$ 487.592.254,00. Em decorrência da aquisição dessas ações da interessada, a MUKDEN registra um ágio no valor de R\$ 261.392.218,12, e a interessada passa a registrar também o ágio pago pela PURUS quando da aquisição dos 54,41% das ações da CRH.

O desenho a seguir representa a situação imediatamente após a incorporação de Purus por Magnesita Refratários S/A (MRSa).



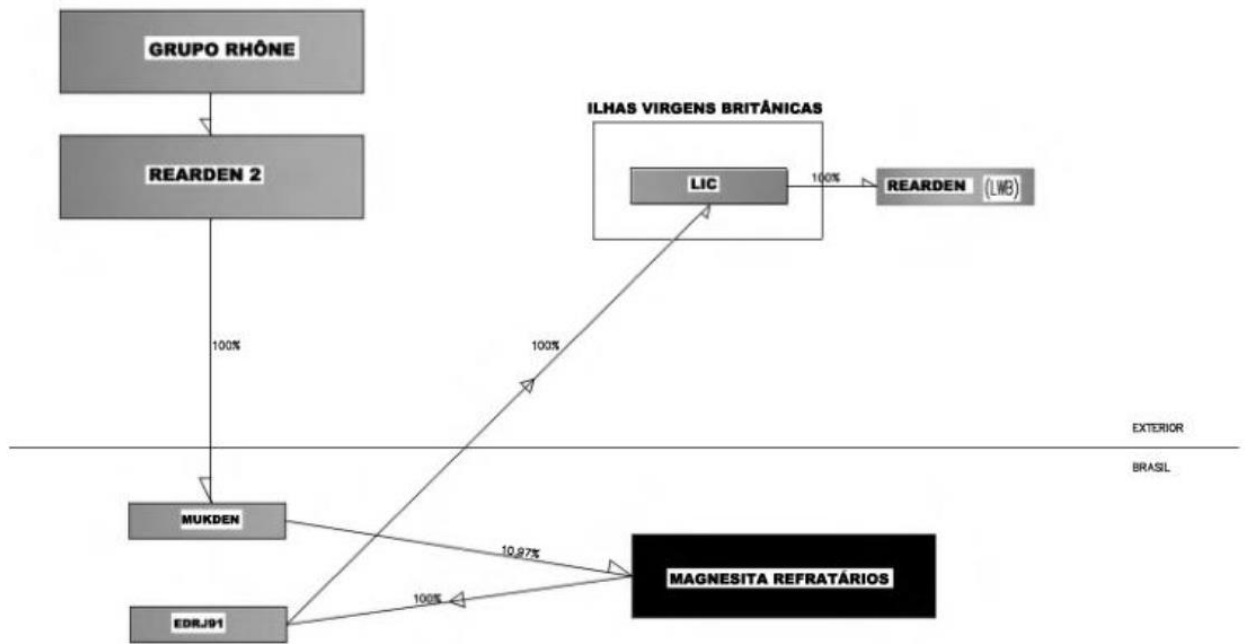
Em 18/12/2008, são realizadas as seguintes operações societárias:

- (i) a CRH integraliza o aumento de capital da empresa brasileira EDRJ91 com a totalidade das ações da empresa estrangeira LIC pelo seu valor contábil;
- (ii) ato contínuo, a EDRJ91 incorpora a CRH; e
- (iii) a Magnesita Refratários incorpora a EDRJ91 e a MUKDEN.

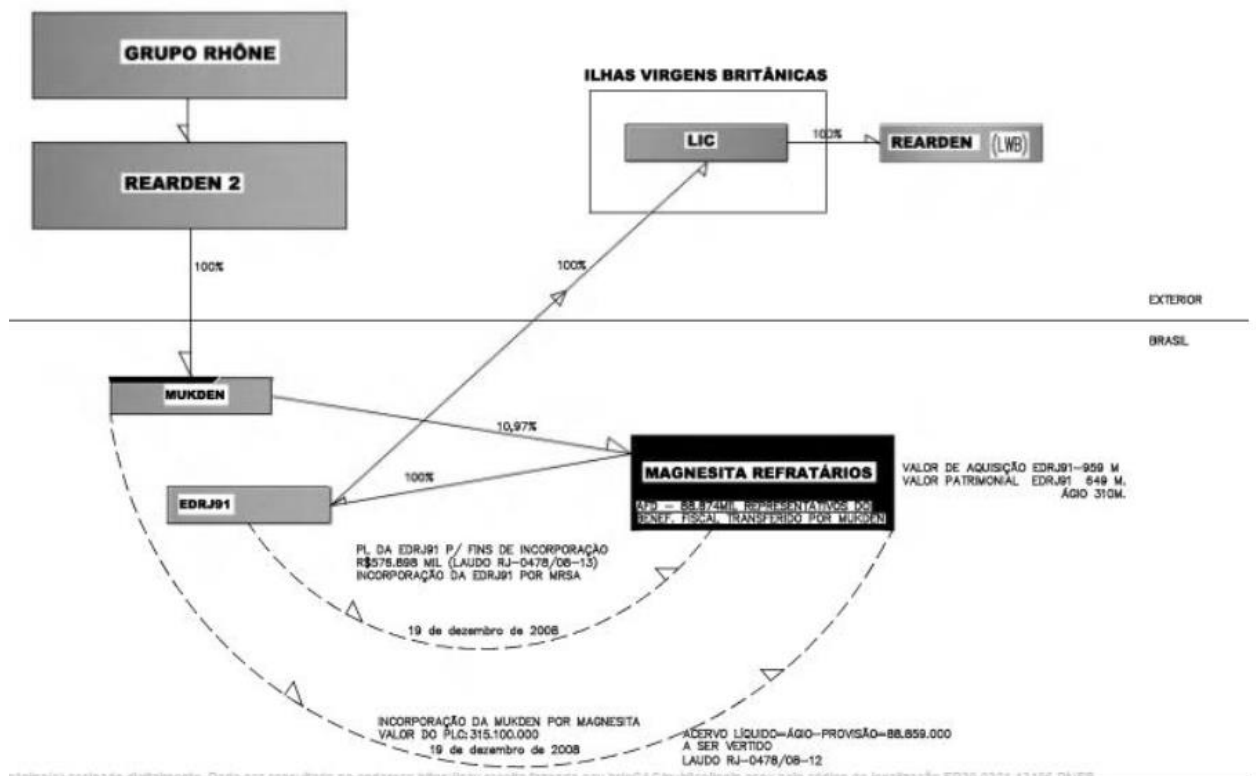
Em face dessas duas últimas incorporações, a Magnesita Refratários absorve o ágio que a MUKDEN pagou sobre suas próprias ações e o ágio relativo à CRH.

Assim, passa a amortizar (i) o ágio pago em dinheiro na aquisição das ações da CRH; (ii) o ágio gerado na integralização as ações da Purus pela Rearden 2; e (iii) o ágio gerado na aquisição das ações da interessada pela Mukden.

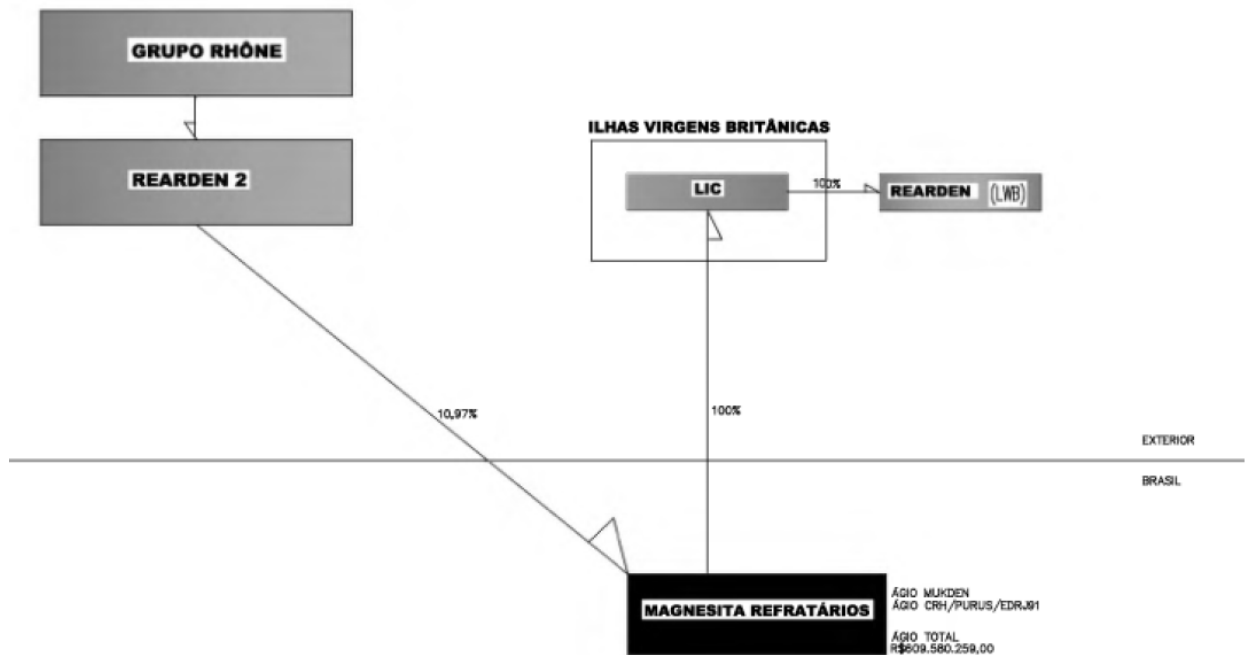
O desenho esquemático a seguir representa a situação no momento anterior à incorporação de CRH por EDRJ91 (item i):



O esquema abaixo representa o momento anterior à incorporação de Mukden e EDRJ91 por Magnésita Refratários S/A (item iii):



Chega-se, então, à estrutura final do negócio, no qual a interessada se tornou proprietária de 100% da REARDEN e o grupo RHÔNE, detentor de 10,97% da interessada, tal qual o propósito inicial do negócio:



A autoridade autuante, em seu Termo de Verificação de Infração procedeu à glosa das despesas com ágio, aplicação da multa de ofício qualificada, lançamento da multa isolada pela conseqüente insuficiência do recolhimento de estimativas por considerar, em apertadíssima síntese, ilegítimo o aproveitamento fiscal dos ágios em questão, em virtude da utilização de empresas veículo e ausência de confusão patrimonial entre a investida e a real adquirente, considerando que os complexos movimentos societários teriam sido arquitetados unicamente para gerar ágio fictício em operações intrinsecamente vazias de substância.

Cientificado, o contribuinte opôs impugnação defendendo o seguinte:

- Decadência do crédito tributário relativamente ao ano-calendário 2013 (artigo 150, §4º, do CTN)
- Necessidade de se observar o art. 24 da LINDB, por cuja aplicação a autuação deveria ser afastada
- Efetividade da operação realizada, consistente na aquisição de empresas estrangeiras pertencentes ao grupo Rhône, com o objetivo de expansão das atividades internacionais na área de refratários
- Incorreta interpretação do artigo 386 do RIR/99 pela fiscalização e validade dos ágios registrados pela impugnante
- Necessidade das supostas "empresas veículo"

- Existência de economia de opção com amparo legal e impossibilidade de ingerência do fisco na atividade do contribuinte
- Impossibilidade de aplicação da teoria do propósito negocial e, ainda que fosse aplicada, legitimidade da operação à luz dessa teoria
- Impossibilidade de adição à base de cálculo da CSLL das despesas supostamente não dedutíveis da base de cálculo do IRPJ, por ausência de previsão legal
- Impossibilidade de exigência da multa qualificada
- Caráter confiscatório da multa qualificada
- Impossibilidade de exigência das multas isoladas pela falta de recolhimento de estimativas de IRPJ e CSLL
- Impossibilidade de lançamento da multa isolada após o encerramento dos anos-base de 2014, 2015, 2016, 2017 e 2018
- Impossibilidade de cumulação da multa isolada com a multa de ofício
- Impossibilidade de exigência de penalidades em caso de dúvida manifestada por ausência de unanimidade nas votações, por aplicação do art. 112 do CTN
- Necessidade de compensações e retificações indevidas de prejuízo fiscal e base de cálculo negativa da CSLL como consequência do cancelamento da autuação

**O Acórdão Recorrido conheceu da Impugnação** apresentada, e, no mérito, assim decidiu, negando-lhe provimento:

#### **VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS:**

Sobre as alegações de caráter confiscatório da multa qualificada, entendeu “que toda a modalidade de arguição de inconstitucionalidade e de ilegalidade bem como de arbitrariedade ou injustiça de atos legais ou infralegais, legitimamente inseridos no ordenamento jurídico nacional, são questões que não podem ser oponíveis na esfera administrativa, por ultrapassar os limites da sua competência legal, conforme orientação contida no Parecer Normativo CST nº 329/1970”.

Por tal razão, suscitando também a aplicação da Súmula CARF nº 2, negou provimento a pleito.

## **DOS EFEITOS DAS JURISPRUDÊNCIAS ADMINISTRATIVAS E JUDICIAIS:**

Acerca dos julgados colacionados pela Impugnante, considerou improfícuos, por ausência de base legal que lhes atribuisse efeito vinculante apto a impactar o resultado do presente processo.

## **DA ALEGAÇÃO DE DECADÊNCIA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO – ANO-CALENDÁRIO 2013:**

O Acórdão recorrido consigna que a interessada era optante pelo Lucro Real anual no ano-calendário de 2013 (razão pela qual o fato gerador ocorreu em 31/12/2013), foi cientificada dos autos de infração em 17/12/2019 (fls. 350/351) e, considerando esse termo final, aplica o prazo decadencial conforme o art. 173, I do CTN em virtude de entender haver restado patente o intuito de fraude, não teria decaído o direito do Fisco.

Assim, muito embora tenha confirmado a existência de retenções de IRPJ e CSLL aptas a caracterizarem o pagamento antecipado (referindo-se à Súmula CARF n.º 123), afastou a decadência.

## **DA ARGUIÇÃO DE APLICABILIDADE DO ARTIGO 24 DA LINDB (LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO)**

Afastou a aplicabilidade do art. 24 da LINDB, incluído pela Lei n.º 13.655/2018, transcrevendo o entendimento exposto pela Conselheira do CARF Livia De Carli Germano no voto proferido no Acórdão n.º 1401.002.993, de 20 de novembro de 2018.

No Acórdão referenciado pela DRJ, cujas razões de decidir adotou, entendeu-se que a competência para a edição de normas gerais em matéria tributária seria da Lei Complementar, em virtude do disposto no art. 146 da CF, e que o art. 100, II do CTN teria disposto sobre o efeito da observância das normas complementares, asseverando que afastariam somente as multas, juros de mora e correção monetária, mas nunca o principal. Também se pontuou no Acórdão ao qual se filiou a DRJ que o efeito intertemporal da alteração de critério jurídico encontra tratamento no art. 146 do CTN. Por tais razões, além de outras também expostas no voto, concluiu-se pela impossibilidade de se estender à seara tributária os efeitos pretendidos pelo art. 24 da LINDB.

## **DO MÉRITO:**

Encampando as noções de “real adquirente” e “empresa veículo”, entendeu que a norma de dedutibilidade do ágio apenas permitiria a dedução do ágio quando se unem os patrimônios da “investidora originária/ real adquirente” e da investida, sendo vedada a transferência do ágio, que na realidade geraria sua extinção de pleno direito.

**ÁGIO NAS OPERAÇÕES ENVOLVENDO A AQUISIÇÃO DA REARDEN PELA INTERESSADA:**

A DRJ considerou que, sendo o objetivo da operação a aquisição da empresa alemã REARDEN G HOLDING EINS GMBH (REARDEN), a qual centralizava o controle das empresas estrangeiras do Grupo LWB e, tendo sido pago de duas formas: 45,59% das ações pago em dinheiro; e 54,41% pago em ações de emissão da própria MAGNESITA REFRATÁRIOS (23.457.778 ações ordinárias, que equivalem a 10,97% do seu capital social total); a aquisição poderia se dar de maneira muito mais simples do que a adotada.

Entendeu que:

“seria suficiente a Magnesita Refratários entregar à REARDEN 2 10,97% de suas ações mais a quantia de 150 milhões de euros, e receber em troca a totalidade das ações da REARDEN. Tendo em vista essa operação, a Magnesita Refratários poderia registrar um ágio em face da aquisição das ações da REARDEN, assim como a REARDEN 2 em face das ações da MAGNESITA REFRATÁRIOS.”

“Contudo, a interessada utilizou-se de diversas empresas (Purus Participações Ltda., Mukden Participações Ltda., EDRJ91 Participações Ltda. (incorporadas pela Magnesita) e a CRH – Caribbean Refractories Holdings Ltd. (esta incorporada por EDRJ91), para realizar a aquisição do controle da empresa alemã Rearden. E, das operações societárias realizadas, resultou a contabilização de ágios cujas glosas de suas dedutibilidades constituem o objeto da presente lide.”

Não vislumbrando investimento direto e confusão patrimonial entre a real adquirente e a empresa investida, inadmitiu a dedução do ágio.

Considerou, ainda, que quando a REARDEN 2 transferiu o investimento que detinha na CRH para a Purus com ágio, na realidade constituiu um *ágio interno*.

Entendeu também haver duplicidade do ágio aproveitado pela Recorrente na incorporação da Purus e do ágio decorrente da incorporação da Mukden.

Em síntese, asseverou:

“nas três situações que geraram os ágios utilizados pela interessada, não foram preenchidos todos os requisitos previstos em lei para a sua dedutibilidade, quais sejam: (a) investimento direto realizado pela investidora na investida (coligada ou controlada) com ágio devidamente contabilizado nos termos da lei; (b) fundamento econômico seja o valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros; e (c) que posteriormente a empresa investidora (ou mesmo a investida, no caso de incorporação reversa) absorva o patrimônio da investida por incorporação, fusão ou cisão.”

**DO LANÇAMENTO DA CSLL – A ALEGAÇÃO DE IMPOSSIBILIDADE DE ADIÇÃO À BASE DE CÁLCULO DA CSLL DAS DESPESAS CONSIDERADAS INDEDUTÍVEIS DA BASE DE CÁLCULO DO IRPJ:**

A esse respeito, o Acórdão Recorrido encampou as razões de decidir adotadas no Acórdão 1402-003.736 do CARF, de 2019, pelo relator Paulo Mateus Ciccone. Na ocasião, a matéria foi decidida *por voto de qualidade* e o referido relator entendeu improcedentes as alegações de que inexistiria previsão legal que determinasse a adição do ágio amortizado contabilmente à base de cálculo da CSLL quando não seja dedutível da apuração do Lucro Real.

Isso porque os parágrafos do art. 2º da Lei nº 7.689/88 determinariam a adição do resultado negativo e a exclusão do resultado positivo decorrentes da avaliação de investimentos pelo MEP, o que impediria a dedução do ágio na apuração da base de cálculo da CSLL. Vejamos:

“Note-se que, se o ágio compõe o valor contábil do investimento e o MEP é apenas um método de avaliação do investimento, logo, é lógico que a amortização que reduz o ágio/deságio compõe *“lato sensu”* o resultado da avaliação do investimento pelo MEP, o qual seja positivo ou negativo não deve impactar a base da CSLL, como dispõe expressamente o dispositivo legal acima (itens 1 e 4 da alínea “c” do §1º do art.2º da Lei 7.689/88).”

“Consequência lógica e imediata: se o ágio compõe o valor contábil do investimento e o MEP é apenas um método de avaliação do investimento; logo, é certo que a amortização que reduz o ágio/deságio compõe *“lato sensu”* o resultado da avaliação do investimento pelo MEP, o qual, seja positivo ou negativo, não deve impactar a base da CSLL, conforme os itens 1 e 4 da alínea “c” do § 1º do art. 2º da Lei 7.689/1988.”

**DA QUALIFICAÇÃO DA MULTA DE OFÍCIO:**

O Acórdão Recorrido considerou que “cada ato ilícito carrega uma determinada carga de lesão à ordem tributária, onde determinadas condutas são tão graves a ponto de, por si só, imediatamente consubstanciarem o intuito doloso.” Outras condutas de menor poder ofensivo, segundo a DRJ, caracterizariam dolo se praticadas reiteradamente, ou a depender da forma como foram praticadas.

Partindo dessa premissa, e encampando excertos do voto proferido pelo Conselheiro Paulo Henrique Silva Figueiredo sobre a dedução de ágio decorrente da mesma operação ora sob questão, parte integrante do Acórdão nº 1302-003.821, entendeu que a maneira como os eventos societários foram programados e realizados revelaria intuito doloso, que constaria adequadamente como fundamento da qualificação da multa no TVI.

### **DO PEDIDO DE SOBRESTAMENTO DO FEITO:**

O pedido de sobrestamento do feito até o julgamento do RE n.º 736.090 foi afastado, seja pela ausência de previsão legal nesse sentido, seja por entender que a discricionariedade<sup>1</sup> conferida ao Relator pelo art. 1035, §5º do CPC/2015 foi exercida contrariamente ao pleito de atribuição de efeito suspensivo geral formulado pela Associação Brasileira do Agronegócio – ABAG.

### **POSSIBILIDADE DO LANÇAMENTO DE MULTAS ISOLADAS DECORRENTE DA FALTA DE RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVAS DE IRPJ / CSLL APÓS O FINAL DO ANO-CALENDÁRIO**

A DRJ entendeu ser lícita e legítima a regra decorrente de expressa disposição legal pela qual, em havendo insuficiência de recolhimento mensal a título de estimativa, cabível a aplicação da multa isolada pela insuficiência no recolhimento de estimativas, mesmo que lançadas após o término do ano-calendário.

### **CONCOMITÂNCIA DA MULTA ISOLADA E DA MULTA DE OFÍCIO**

A alegação foi afastada sob a assertiva de que as alterações promovidas no art. 44 da Lei n.º 9.430, de 1996 pela MP n.º 351/2007 tornariam inaplicável a Súmula CARF n.º 105, bem como por entender que as hipóteses de incidência de cada multa seriam distintas, não havendo portanto que falar-se em *bis in idem*.

### **ALEGAÇÃO DE IMPOSSIBILIDADE DE EXIGÊNCIA DAS MULTAS EM CASO DE DÚVIDA POR APLICAÇÃO DO ART. 112 DO CTN**

A cerca da alegação do contribuinte de que apenas a unanimidade afastaria a aplicação do art. 112 do CTN, entendeu que não seria possível falar em dúvida quando a posição do colegiado se forma por maioria, ou mesmo por voto de qualidade.

### **DAS COMPENSAÇÕES E RETIFICAÇÕES DE PREJUÍZO FISCAL E BASE DE CÁLCULO NEGATIVA DE CSLL**

Por fim, entendeu que, como não houve exoneração de crédito tributário apurado, manter-se-iam as retificações das compensações de prejuízos fiscais e de bases de cálculo negativas da CSLL aproveitados pela fiscalização, quando da apuração do IRPJ e da CSLL ora exigidos.

**Cientificado, o contribuinte interpôs Recurso Voluntário** reiterando, em essência, os mesmos argumentos postos em sua Impugnação, exceção feita à tese de aplicabilidade do artigo 24 da LINDB, que não constou do Recurso Voluntário.

---

<sup>1</sup> Conforme decidido pelo STF na questão de ordem no paradigmático RE 966.177.

Fl. 14 do Acórdão n.º 1201-006.251 - 1ª Sejul/2ª Câmara/1ª Turma Ordinária  
Processo n.º 10600.720031/2019-93

## Voto Vencido

Conselheiro Lucas Issa Halah, Relator.

### 1 ADMISSIBILIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE

Inicialmente, reconheço a competência deste Colegiado para apreciação do Recurso Voluntário, na forma do Regimento Interno do CARF.

O contribuinte traz a alegação de que as penalidades aplicadas violariam a regra constitucional da vedação ao confisco, prevista no art. 150, IV da CF.

A meu ver, afastar a aplicabilidade de multas previstas em lei com base na vedação ao confisco implicaria o reconhecimento de inconstitucionalidade da lei tributária, encontrando óbice na Súmula CARF n.º 2, entretanto, em função do princípio da colegialidade, considerando o entendimento da maioria dos membros deste colegiado, conheço do recurso, mas nego provimento ao pedido.

A Recorrente defende que as decisões proferidas pelo Pleno do E. Supremo Tribunal Federal nos autos da ADI 1075 MC, ADI 551, e especialmente a decisão proferida com Repercussão Geral no Recurso Extraordinário n.º 582.461, vinculariam os membros deste Conselho.

Penso não assistir razão ao Recorrente.

A ADI 1075 MC debatia o caráter confiscatório da multa de 300% imposta pelo art. 3º, “caput” e parágrafo único da Lei n.º 8.846/94, analisado pela corte após a superação da posição inicial do Relator, que julgava prejudicada a matéria. Tratava-se, portanto, de lei distinta, de alíquota distinta e a corte, embora tenha deferindo a medida cautelar pleiteada relativamente ao art. 3º e seu parágrafo único, não estabeleceu um marco percentual a partir do qual as penalidades seriam consideradas confiscatórias.

Quando do julgamento de mérito da ADI 1075, já no ano de 2020, diante da revogação dos arts. 3º e 4º da Lei n.º 8.846/94 pela superveniência da Lei n.º 9.430/96 e da Lei n.º 9.532/97, a corte entendeu por unanimidade que, independentemente da existência de efeitos residuais concretos remanescentes do período pelo qual vigorou a lei questionada, restaria prejudicada em parte a Ação Direta de Inconstitucionalidade, relativamente ao art. 3º, “caput” e parágrafo único, e ao art. 4º da Lei n.º 8.846/94. Assim, o caráter confiscatório da penalidade questionada não chegou a ser firmado em decisão de mérito definitiva com efeitos *erga omnes*.

Já a ADI 551 considerou inconstitucional, por violação ao art. 150, IV da CF, os §§ 2º e 3º do art. 57 do ato das disposições constitucionais transitórias da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, estendendo a aplicação do art. 150, IV da CF para as multas em questão, de 200% em caso de não recolhimento de tributos e taxas, e de 500% em caso de sonegação. Os patamares em questão foram considerados confiscatórios. Entretanto, não somente trata-se do reconhecimento de inconstitucionalidade específica de legislação estadual, como também os patamares reconhecidos como inconstitucionais foram substancialmente superiores aos ora sob debate, já que aqui a multa de ofício qualificada (que corresponderia em abstrato à multa de

500% julgada inconstitucional) atinge o patamar de 150%. O precedente, portanto, além de não vincular o CARF, não traz balizas objetivas aptas de serem seguidas.

Por sua vez, no Recurso Extraordinário n.º 582.461 discutia-se uma série de questões atreladas ao ICMS, dentre as quais se encontrava o alegado caráter confiscatório da multa moratória de 20%. A multa, entretanto, foi julgada constitucional por encontrar-se em patamar razoável. Muito embora não se trate de julgado de observância mandatória aos membros deste Conselho, pois debatia multa específica atrelada ao ICMS, também não se considerou no acórdão, diferentemente do que defendeu recorrente, que multas superiores a 100% do valor do tributo seriam confiscatórias.

É verdade que *no voto vencedor* do Ministro Gilmar Mendes, fez-se referência à ADI-MC 1075 e à ADI 551, asseverando que lá ter-se ia estabelecido como patamar a partir do qual haveria caráter confiscatório o montante de 100% do valor do tributo. Vejamos o excerto:

**A propósito, o Tribunal Pleno desta Suprema Corte, por ocasião do julgamento da ADI-MC 1075, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 24.11.2006 e da ADI 551, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 14.10.200, entendeu abusivas multas moratórias que superam o percentual de 100% (cem por cento), conforme ementas reproduzidas no que interessa:**

Ocorre que, mesmo que se pudesse entender haver vinculação de tal entendimento aos membros deste Conselho, do que discordo como acima mencionado, a manifestação proferida em *obter dictum* não reflete a *ratio* exposta nos acórdãos proferidos quando do julgamento da ADI 1075 MC e da ADI 551, em que *não se estabeleceu uma linha divisória a partir da qual estaria caracterizada a confiscatoriedade*.

Por fim, a confirmar o quanto se estabeleceu acima, o caráter confiscatório da multa qualificada de 150% de que ora se trata será objeto de análise específica no Recurso Extraordinário n.º 736.090, como bem ressalta a própria Recorrente, confirmando assim que a questão não se encontra definida pelo E. STF de maneira vinculante aos membros deste CARF.

Pelo exposto, e considerando que, no mais, o Recurso Voluntário é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade, dele conheço.

## **2 SOBRESTAMENTO**

Na esteira da menção à afetação do tema do caráter confiscatório das penalidades no Recurso Extraordinário n.º 736.090, cuja repercussão geral foi reconhecida, o contribuinte pleiteia o sobrestamento do presente processo até o deslinde da matéria pelo Supremo Tribunal Federal.

Há no CARF o entendimento pelo qual não remanesceria no RICARF a possibilidade de sobrestamento de processo administrativo para que aguarde o desfecho de **processo judicial**, haja vista a *omissão consciente* do regimento interno do CARF vigente até o ano de 2023. Transcrevo excerto do Acórdão 1401-006.028, de novembro de 2021, nesse sentido.

“E não se trata de simples omissão de tal previsão mas verdadeira opção legislativa. Isso se depreende do fato que, no antigo Regimento do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (Portaria MF nº 256/2009), existiu por certo período, disposição que determinava o sobrestamento do processo administrativo nos casos em que o próprio STF sobrestava o julgamento de recursos extraordinários. Tal disposição não foi reproduzida no novo Regimento (tampouco foi objeto das alterações introduzidas pela Portaria nº 153, de abril de 2018).

Assim, hoje, não há previsão de suspensão do processo no CARF, quer seja no âmbito do Regimento do CARF, quer seja no Decreto nº 70.235/72, que regulamenta o processo administrativo.”

A omissão consciente manifestada então vigente RICARF (PORTARIA MF Nº 343, DE 09 DE JUNHO DE 2015), posterior à publicação do CPC/2015, decorre da previsão originalmente contida no §1º do art. 62-A da Portaria MF nº 256/2009 que versava especificamente acerca do sobrestamento em face de processo **judicial**. **Vejamos:**

~~“Art. 62-A. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF. (Incluído(a) pelo(a) Portaria MF nº 586, de 21 de dezembro de 2010)~~

~~§ 1º Ficarão sobrestados os julgamentos dos recursos sempre que o STF também sobrestar o julgamento dos recursos extraordinários da mesma matéria, até que seja proferida decisão nos termos do art. 543-B. (Incluído(a) pelo(a) Portaria MF nº 586, de 21 de dezembro de 2010) (Revogado(a) pelo(a) Portaria MF nº 545, de 18 de novembro de 2013)~~

~~§ 2º O sobrestamento de que trata o § 1º será feito de ofício pelo relator ou por provocação das partes. (Incluído(a) pelo(a) Portaria MF nº 586, de 21 de dezembro de 2010) (Revogado(a) pelo(a) Portaria MF nº 545, de 18 de novembro de 2013)”~~

O entendimento construído calca-se em situação análoga à presente, demandando similar desfecho.

De fato, seria louvável que as instâncias judicantes administrativa e judicial alcançassem tal estágio de harmonia e sincronismo, entretanto, talvez verificando que temas com repercussão geral muitas vezes remanescem aguardando julgamento por mais de uma década, alterou-se o RICARF retirando a previsão de sobrestamento em face de processo judicial então existente.

Esse cenário normativo foi alterado com o novo RICARF, publicado pela PORTARIA MF Nº 1.634, DE 21 DE DEZEMBRO DE 2023, que trata da situação da seguinte maneira:

“Art. 100. A decisão pela afetação de tema submetido a julgamento segundo a sistemática da repercussão geral ou dos recursos repetitivos não permite o sobrestamento de julgamento de processo administrativo fiscal no âmbito do CARF, contudo o sobrestamento do julgamento será obrigatório nos casos em que houver acórdão de mérito ainda não transitado em julgado, proferido pelo Supremo Tribunal Federal e que declare a norma inconstitucional ou, no caso de matéria exclusivamente infraconstitucional, proferido pelo Superior Tribunal de Justiça e que declare ilegalidade da norma.

Parágrafo único. O sobrestamento do julgamento previsto no caput não se aplica na hipótese em que o julgamento do recurso puder ser concluído independentemente de manifestação quanto ao tema afetado.”

As novas disposições não alteram o desfecho para o caso em questão.

Por fim, vale mencionar que a discricionariedade<sup>2</sup> conferida ao Relator do RE nº 736.090 pelo art. 1.035, §5º do CPC/2015 foi exercida contrariamente ao pleito de atribuição de efeito suspensivo geral formulado pela Associação Brasileira do Agronegócio – ABAG, o que corrobora o posicionamento que ora se firma.

Pelo exposto, nego provimento ao pedido de sobrestamento.

### **3 A OPERAÇÃO REALIZADA — AQUISIÇÃO DE EMPRESAS ESTRANGEIRAS PERTENCENTES AO GRUPO RHÔNE, COM O OBJETIVO DE EXPANSÃO DAS ATIVIDADES INTERNACIONAIS NA ÁREA DE REFRAATÓRIOS**

Questiona-se nos autos de infração a amortização do ágio pago na aquisição de um Grupo de Empresas Estrangeiras. A Recorrente defende que a forma jurídica adotada para a aquisição dessas empresas teria sido a mais direta, correta e adequada para atingir seu objetivo final: a expansão das atividades no mercado internacional de refratários, com o consequente aproveitamento do ágio decorrente dessa aquisição.

A Recorrente defende que, analisado o “filme” das operações societárias em questão, a conclusão seria a legitimidade do ágio. Para tanto, passa a relatar tal filme:

“(i) **Considerações iniciais:** trata-se de negociação em que a Magnesita Refratários S/A tinha como objetivo adquirir um conjunto de empresas estrangeiras atuantes no mercado de refratários básicos de produtos dolomíticos de alto valor agregado.

---

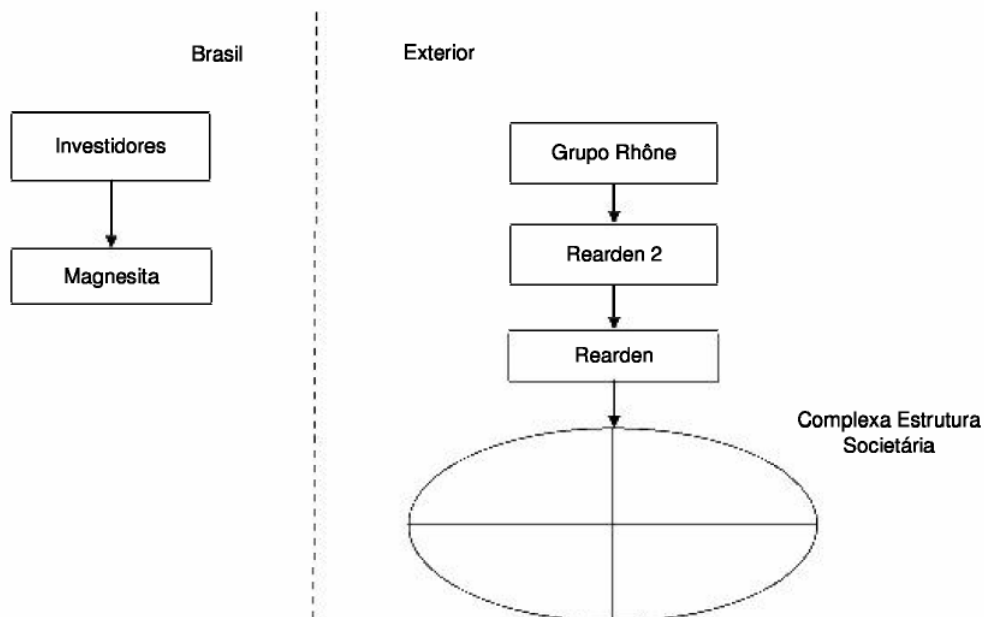
<sup>2</sup> Conforme decidido pelo STF na questão de ordem no paradigmático RE 966.177.

Referidas empresas representavam um complexo conglomerado, controlado pelo Grupo Rhône e estavam centralizados na empresa alemã Rearden L Holdings 1S ("Rearden").

Pela aquisição de 100% das ações da Rearden, a Magnesita Refratários S/A (ora Recorrente) iria realizar o pagamento em **duas partes**: (i) uma em **dinheiro**; e (ii) **outra em ações de emissão da própria Magnesita**.

Com efeito, o conjunto de operações foi estruturado simplesmente para se realizar o objetivo pretendido pelas partes, viabilizando a aquisição de um complexo grupo societário (com as participações societárias centralizadas na Rearden) por uma companhia de capital aberto com ações negociadas no Novo Mercado (Magnesita).

(ii) Operação de Aquisição da "Rearden": estrutura societária inicial.



A análise da estrutura societária exposta acima de forma simplificada é importante para destacar alguns aspectos de cunho econômico e operacional que justificam todos os atos praticados pelas partes (aspectos estes que não foram sequer questionados pela Autoridade Fiscal).

Conforme mencionado, a aquisição de 100% das ações da Rearden pela Recorrente seria realizada com o pagamento em **duas partes**: (i) uma em dinheiro; e (ii) **outra em ações de emissão da própria Recorrente**.

Ocorre que o pagamento de parte do preço mediante a emissão de ações da Recorrente não era um procedimento simples, na medida em que ela é uma

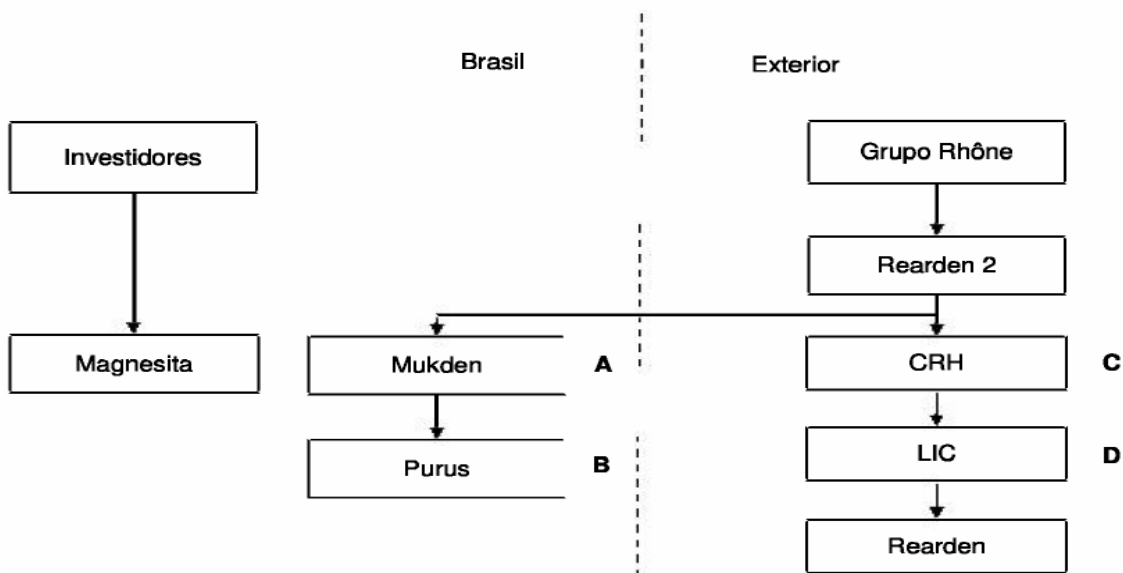
companhia de capital aberto com ações negociadas no Novo Mercado (ambiente de alta governança corporativa).

Destaque-se que se o caminho tivesse sido a simples emissão de novas ações pela Recorrente a serem entregues ao Grupo Rhône como parte do pagamento, **deveria ser aberto o direito de preferência aos acionistas minoritários (conforme artigo 171 da Lei das S/A), o que inviabilizaria a negociação** (de fato, se alguém exercesse o direito de preferência o percentual a ser entregue como parte do pagamento poderia não ser atingido).

(iii) 07/09/2008 — celebrado o *Transaction Agreement*, segundo o qual a Recorrente adquiriu o **conjunto de empresas** com subsidiárias na América do Norte, Europa e Ásia. Referidas empresas foram adquiridas da Rearden L. Holdings 2 S.À.R.L ("Rearden 2"), pertencente ao Grupo Rhône.

Para essa aquisição, o pagamento foi segregado em duas partes: (a) 45,59% pago em dinheiro diretamente pela Recorrente; e (b) 54,41% que foram pagos em ações de emissão da Recorrente (fato incontroverso ante o reconhecimento do fluxo financeiro da operação pela Autoridade Fiscal).

(iv) Outubro de 2008: para a realização do negócio pretendido, o Grupo Rhône criou a seguinte estrutura societária:



Inicialmente, é importante ressaltar que a estrutura societária criada para viabilizar a operação foi **integralmente planejada e exigida pelos vendedores (Grupo Rhône)**.

Nesse contexto, não obstante a Recorrente não tenha participado da estruturação societária proposta pelos vendedores, também não tinha qualquer motivo para se opor à sua realização, uma vez que se tratava da maneira mais direta, simples e segura para a realização do negócio. Neste sentido, é importante destacar o papel e a função das quatro empresas criadas pelo Grupo Rhône para a implementação da venda:

A **Mukden Participações Ltda.** ("Mukden"): trata-se de empresa holding brasileira constituída com o intuito de centralizar o investimento do Grupo Rhône na Magnesita.

B **Purus Participações Ltda.** ("Purus"): trata-se da empresa constituída para a transferência da parcela do capital que foi pago pela Recorrente por meio da entrega de ações de sua emissão.

C Caribbean Refractories Holdings Ltda. ("CRH"): empresa *holding* constituída para receber a parcela do pagamento feito em dinheiro pela Recorrente, o qual foi depositado em uma conta de garantia (conta *escrow*) e somente seria transferido aos vendedores quando houvesse a incorporação da Purus pela Recorrente e finalização da aquisição.

D LWB Island Company Ltd. ("LIC"): empresa constituída para ser a nova *holding* do conglomerado de empresas adquiridas. Esta empresa passou a exercer o objeto exclusivo de participação societária, evitando a contaminação de suas atividades com outras atividades (como ocorria com a Rearden). Esta empresa continua existindo e realizando seu objeto social.

(v) 19/10/2008 — Magnesita aumenta o capital da CRH com € 150 milhões (R\$ 413,656 milhões) e recebe em contrapartida a participação de 45,59% na CRH. Trata-se da parcela do preço que foi paga em dinheiro pela Recorrente, com um ágio de R\$ 143,047 milhões.

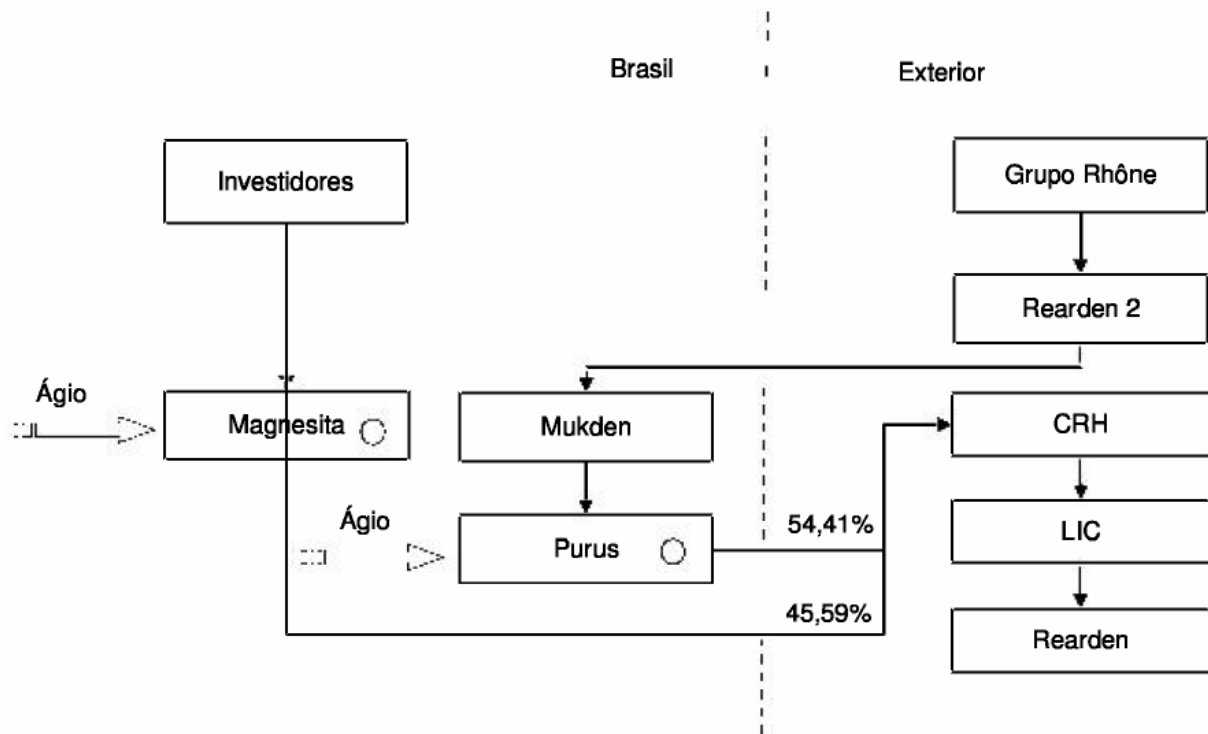
Em suma, os valores podem ser assim descritos:

<b>Valor pago:</b>	<b>R\$ 413.656.500,00</b>
<b><u>45,59% do PL da CRH.</u></b>	<b><u>R\$ (270.608.766,97)</u></b>
<b>Ágio</b>	<b>R\$ 143.047.733,03</b>

(vi) A segunda parcela que seria paga em ações da Recorrente (54,41%) iniciou-se com a integralização pela **Rearden 2** na Purus de ações da CRH, pelo valor de R\$ 487,591 milhões, com um ágio de R\$ 166,937 milhões.

Esta etapa, conforme mencionado, foi fundamental para se atingir o objetivo de pagamento de parte do preço com ações de emissão da Recorrente. Isto porque a emissão de novas ações para subscrição direta pela Rearden 2 não era possível, uma vez que teria que ser respeitado o direito de preferência pelos minoritários (o que inviabilizaria a operação).

No caso, optou-se pelo caminho mais direto e simples possível: integralizou-se a participação societária em uma terceira empresa (Purus) que posteriormente seria incorporada pela adquirente (completando a aquisição).



Apesar de não ter sido objeto de questionamento no presente caso, ressalte-se que os valores pagos foram fundamentados na expectativa de rentabilidade futura das empresas adquiridas, o que está demonstrado por meio dos Laudos de Avaliação apresentados à fiscalização.

Em suma, os valores da operação que geraram o ágio na Purus podem ser assim descritos:

<b>Valor PL da PURUS:</b>	<b>R\$ 487.591.259,20</b>
<b><u>10,97% do PL da <i>Magnesita</i>.</u></b>	<b><u>R\$ (226.200.035,88)</u></b>
<b>Ágio</b>	<b>R\$ 261.392.218,12</b>

(vii) 05/11/2008 — Incorporação da Purus pela Recorrente. Neste ato, por força do disposto na Lei das S/A, a Recorrente torna-se **sucessora da Purus em todos os direitos e obrigações, inclusive do direito à amortização fiscal do ágio decorrente da aquisição das ações da CRH no valor de R\$ 166,937 milhões.**

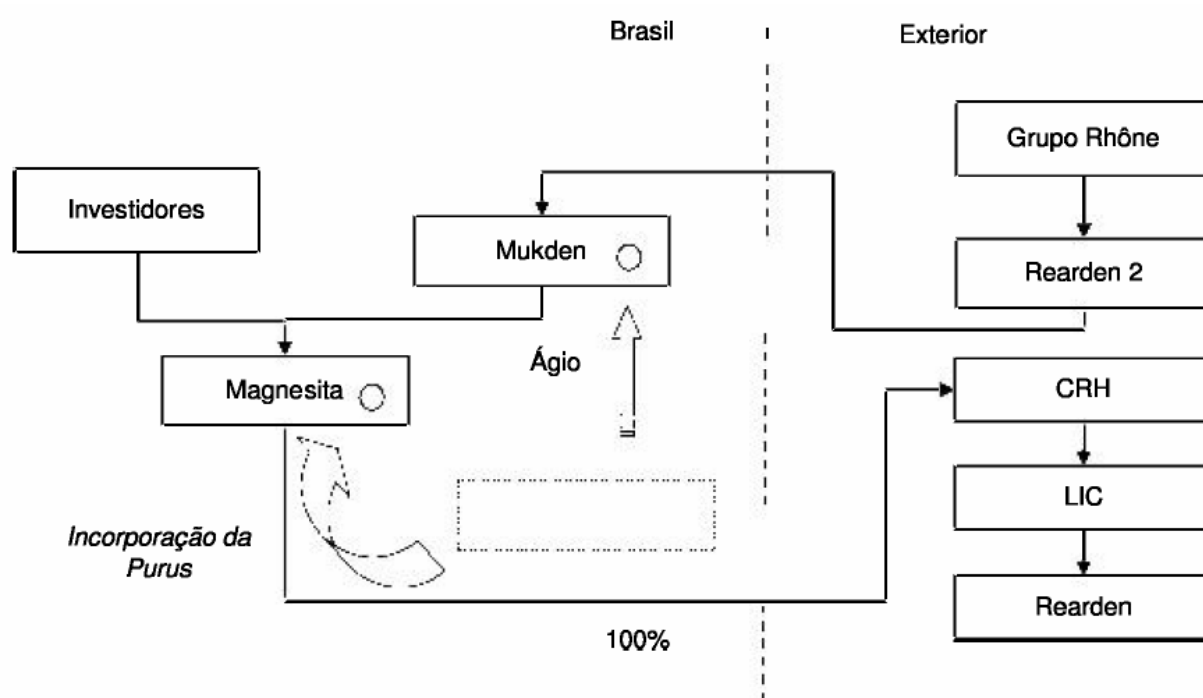
Neste ato, a Mukden adquire ações da Recorrente, com um **ágio de R\$ 261,392 milhões. Não existe duplicidade neste ágio, uma vez que o ágio pago pela Purus foi auferido com base na aquisição de participação societária na**

**CRH. O ágio pago pela Mukden refere-se à aquisição de ações da própria Magnesita.**

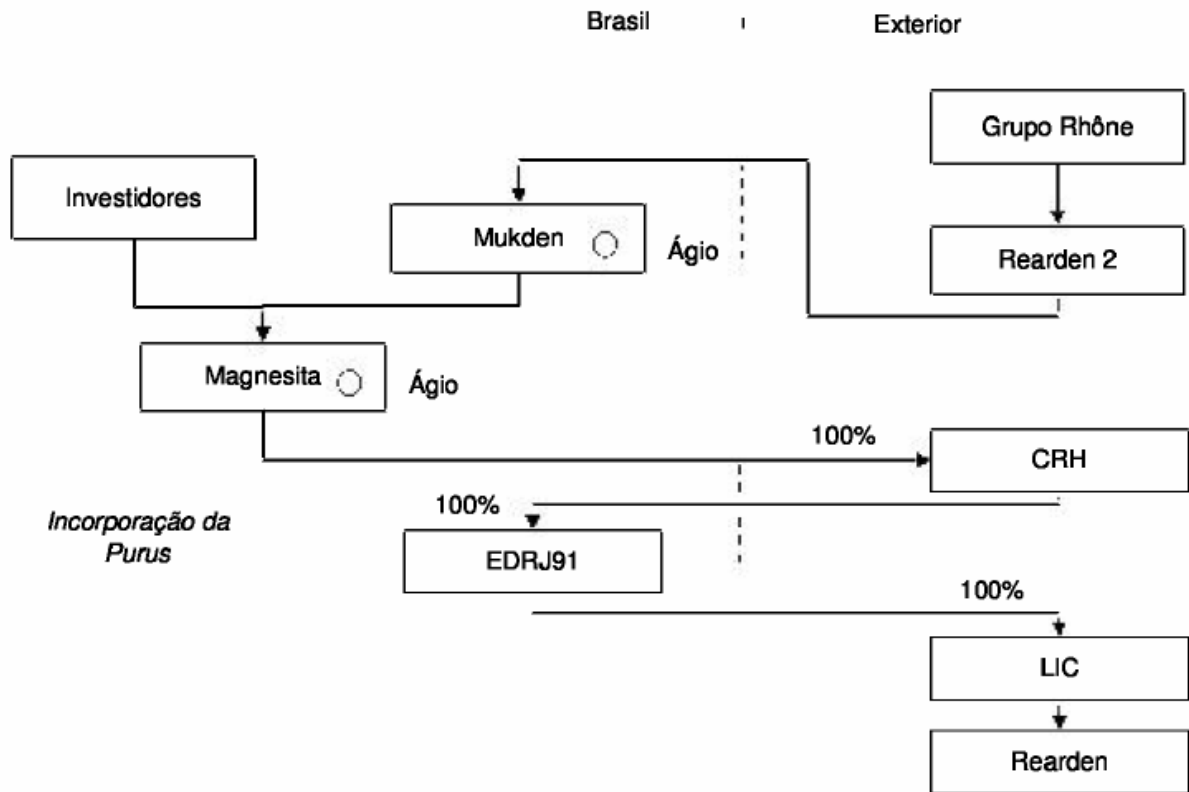
Em suma, os valores da operação que geraram o ágio na Mukden podem ser assim descritos:

Valor PL da PURUS:	R\$ 487.591.259,20
<u>10,97% do PL da <b>Magnesita</b>.</u>	<u>R\$ (226.200.035,88)</u>
<b>Ágio</b>	<b>R\$ 261.392.218,12</b>

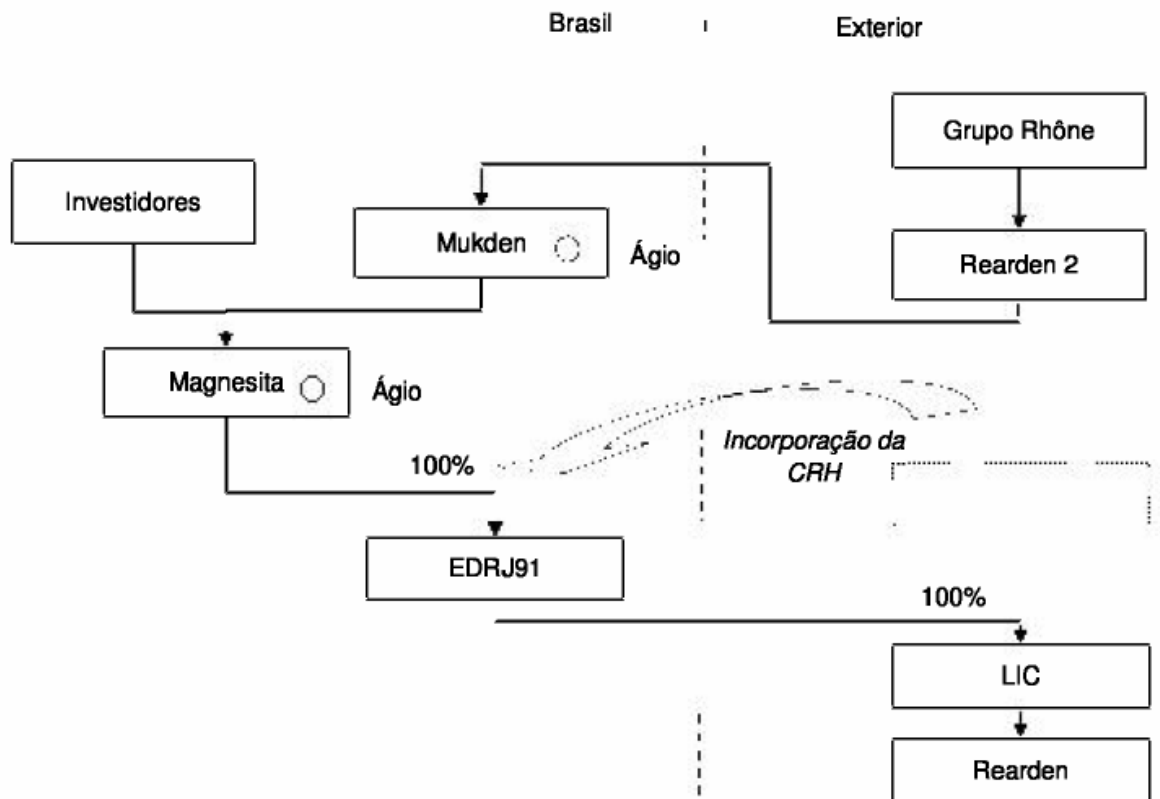
Adicionalmente à soma dos ágios, que totaliza R\$ 571 milhões, a Recorrente registrou em seu Ativo Permanente os custos relacionados à aquisição de participação acionária na CRH que totalizam R\$ 38,202 milhões. Estes custos que foram ativados como ágio, por sua vez, poderiam ser lançados diretamente no resultado como despesa, caso a Magnesita acreditasse que a operação não teria rentabilidade futura.



(viii) 18/12/2008 — CRH aumenta o capital da EDR91 com ações da LIC, a valor contábil.

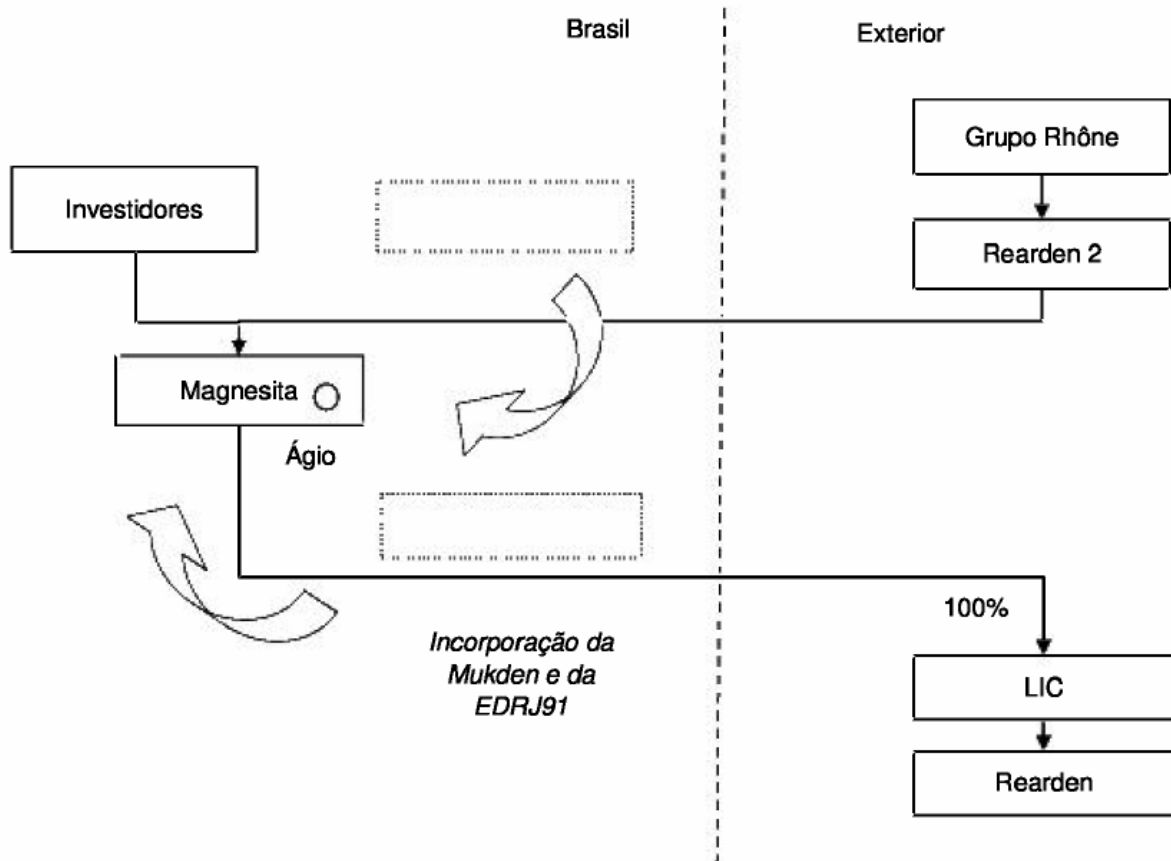


(ix) 18/12/2008 — EDR91 incorpora a CRH.



Nesta etapa da operação e na etapa anterior, a Recorrente optou por incorporar o investimento detido em CRH em uma empresa brasileira, antes da incorporação final pela própria Recorrente. Contudo, esta operação não possui qualquer reflexo para o objetivo final pretendido de consolidação das empresas adquiridas na própria Recorrente nem para o consequente aproveitamento fiscal do ágio.

(x) 18/12/2008 — Recorrente incorpora a EDRJ91 e a Mukden e passa a ter o direito de amortização fiscal (i) do ágio pago em dinheiro na aquisição das ações da CRH; (ii) do ágio gerado na integralização as ações da Purus pela Rearden 2; e (iii) do ágio gerado na aquisição das ações da Recorrente pela Mukden.



Com efeito, dentro de todo esse contexto, verifica-se que o conjunto de operações societárias realizadas pela Recorrente foram completamente usuais, normais e necessárias **para adquirir as empresas estrangeiras do mercado de refratários e expandir internacionalmente os seus negócios.**”

#### 4 INTERPRETAÇÃO DOS DISPOSITIVOS LEGAIS ATINENTES À DEDUTIBILIDADE DO ÁGIO

A análise dos requisitos legais e dos *safe harbours* construídos pela jurisprudência e doutrina para delimitar as situações em que o aproveitamento fiscal do ágio seria ilegítimo foi feita de maneira lapidar pelo Conselheiro Luiz Flávio Neto no Acórdão n.º 9101-003.468.

O Conselheiro, de maneira bastante didática e sistematizada, elencou e classificou os principais elementos considerados como essenciais, úteis e irrelevantes para a avaliação da dedutibilidade fiscal do ágio.

A transcrição de tal escólio, embora longa, é necessária:

## **1. A amortização fiscal das despesas de ágio fundamentado em expectativa de rentabilidade futura.**

A palavra “ágio” conduz à ideia de um sobrepreço que se paga por algo, um valor superior a determinado parâmetro. O ágio analisado no presente processo administrativo se refere à aquisição de participação societária relevante em empresas (investidas) por outras empresas (investidoras). No período atinente ao caso ora sob julgamento, como se verá a seguir, o legislador reconhecia como justificativa negocial para o pagamento de ágio (ou deságio) a expectativa de rentabilidade futura da empresa investida, o valor de mercado de bens do ativo da empresa investida superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade, o fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

Quando uma pessoa jurídica possui participação societária relevante em outra pessoa jurídica (controlada ou coligada), deve refletir em sua contabilidade tal investimento avaliando-o conforme o método da equivalência patrimonial (doravante “MEP”). Por sua vez, “ágios” e “deságios” são itens evidenciados nas demonstrações contábeis pelo MEP: a companhia deve evidenciar que parte do investimento mantido em sua controlada ou coligada não se justifica pelo valor patrimonial desta, mas sim por uma ágio despendido quando de sua aquisição, considerando o fundamento pelo pagamento deste<sup>1</sup>.

Nos idos de 1976, a Lei 6.404 (“Lei das SAs”) regulou a adoção do MEP, especialmente em seu art. 248:

Art. 248. No balanço patrimonial da companhia, os investimentos relevantes (artigo 247, parágrafo único) em sociedades coligadas sobre cuja administração tenha influência, ou de que participe com 20% (vinte por cento) ou mais do capital social, e em sociedades controladas, serão avaliados pelo valor de patrimônio líquido, de acordo com as seguintes normas:

(...)

A legislação brasileira passou a prever que as pessoas jurídicas que detenham investimentos em controladas ou coligadas devem, ao realizar sua escrituração pelo MEP, desdobrar o custo destas (i) no valor do patrimônio líquido existente no momento da aquisição da respectiva empresa investida e (ii) no ágio ou deságio eventualmente suportado para a aludida aquisição:

### **Decreto-lei n. 1.598/77**

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

- I - valor de patrimônio líquido na época da aquisição, determinado de acordo com o disposto no artigo 21; e
- II - ágio ou deságio na aquisição, que será a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor de que trata o número I.

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

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

- a) valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade;
- b) valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros;
- c) fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

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

### **Avaliação do Investimento no Balanço**

Art 21 - Em cada balanço o contribuinte deverá avaliar o investimento pelo valor de patrimônio líquido da coligada ou controlada, de acordo com o disposto no artigo 248 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e as seguintes normas:

I - o valor de patrimônio líquido será determinado com base em balanço patrimonial ou balancete de verificação da coligada ou controlada levantado na mesma data do balanço do contribuinte ou até 2 meses, no máximo, antes dessa data, com observância da lei comercial, inclusive quanto à dedução das participações nos resultados e da provisão para o imposto de renda.

II - se os critérios contábeis adotados pela coligada ou controlada e pelo contribuinte não forem uniformes, o contribuinte deverá fazer no balanço ou balancete da coligada ou controlada os ajustes necessários para eliminar as diferenças relevantes decorrentes da diversidade de critérios;

III - o balanço ou balancete da coligada ou controlada levantado em data anterior à do balanço do contribuinte deverá ser ajustado para registrar os efeitos relevantes de fatos extraordinários ocorridos no período;

IV - o prazo de 2 meses de que trata o item I aplica-se aos balanços ou balancetes de verificação das sociedades, de que trata o § 4º do artigo 20, de que a coligada ou controlada participe, direta ou indiretamente.

V - o valor do investimento do contribuinte será determinado mediante a aplicação, sobre o valor de patrimônio líquido ajustado de acordo com os números anteriores, da porcentagem da participação do contribuinte na coligada ou controlada.

Note-se que, *para fins meramente contábeis e sem consequências tributárias*, na empresa investidora, o ágio (ou deságio) lançado no ativo permanente, na conta de investimento, como ativo diferido, devendo ser deverá ser amortizado mediante débito ou crédito ao seu lucro líquido. Na empresa investida, por sua vez, o ágio componente do preço de emissão de ações, lançado como reserva de capital, não está sujeito à amortização e não afeta de modo algum o resultado.<sup>2</sup>

Ainda sob a perspectiva contábil, vale observar que, contabilmente, o desdobramento do referido ágio também pode ser observado sob a *perspectiva da pessoa jurídica investida*, embora tais registros contábeis não apresentem qualquer importância para a questão em análise. Supondo-se que uma pessoa jurídica (investidora) realize aumento de capital com sobrepreço em uma outra empresa (investida), referido ágio seria escriturado em conta do ativo, de *investimento*. Já as demonstrações financeiras da investida, em tese, deveriam evidenciar o ágio em questão em conta de *reserva de capital*<sup>3</sup>.

A referida escrituração de ágio pela investida não possui relevância para a análise em tela, pois não há comunicação necessária com os lançamentos contábeis realizados pela empresa investidora. Por essa razão, em nenhum momento a legislação que rege a matéria se volta aos valores contabilizados como ágio pela empresa investida, sendo relevante, apenas, a conta de investimento presente nas demonstrações financeiras da empresa investidora.

A apuração ou mesmo amortização contábil do aludido ágio por expectativa de rentabilidade futura, escriturados pela empresa investidora em função do MEP, ***sempre permaneceram neutros para fins tributários nas diversas alterações legislativas atinentes à matéria***. No que é mais relevante ao presente caso, prescreve o Decreto-lei 1.598/77:

Art. 25 - As contrapartidas da amortização do ágio ou deságio de que trata o artigo 20 não serão computadas na determinação do lucro real, ressalvado o disposto no artigo 33.

Conforme será evidenciado nos tópicos “2” e “3” e “4” a seguir, as consequências tributárias apenas surgiriam com a realização do investimento, com a apuração do ganho (ou perda) de capital prescrita pelo art. 33 do Decreto-lei 1.598/77, ou com a amortização do ágio à fração 1/60 decorrente da implementação da *fórmula operacional básica* prescrita pelo art. 7º da Lei n. 9.532/97.

## **2. A evolução da legislação e do tratamento jurídico-tributário do “ágio”.**

No período que antecedeu a Lei n. 12.973/2014, vigorou no sistema jurídico brasileiro dois regimes distintos relacionados ao ágio, dedicados a funções bastante distintas: um *regime contábil* e outro *regime tributário*.<sup>4</sup> Embora possuíssem pontos em comum, eram evidentes os seus distanciamentos.

Sob a perspectiva do Direito tributário, as três grandes reformas atinentes ao ágio se deram em 1977, 1997 e 2014, como será brevemente explicitado abaixo.

Já sob a ótica do Direito contábil, é possível identificar apenas dois períodos, um anterior e outro posterior à Lei n. 11.638/2007. Note-se que essa lei introduziu alterações marcantes à matéria contábil, com a convergência das normas brasileiras aos padrões internacionais, mas não afetou em nada a apuração do *ágio* para fins fiscais.<sup>5</sup> Tais alterações de métodos contábeis, contudo, permaneceram neutras para fins fiscais até a edição da Lei n. 12.973/2014.

Nos subtópicos a seguir, com a necessária ênfase ao que importa para a solução do caso concreto, o tratamento tributário do ágio nos marcos temporais de 1977, 1997 e 2014 serão analisados com paralelos à contabilidade, de forma a evidenciar a comunicação e os distanciamentos dessas searas.

### **2.1. A legislação do período pré-1997.**

Conforme se expôs acima, a apuração do ágio conforme os arts. 20 e 21 do Decreto-lei 1.598/77 jamais apresentou consequências tributárias imediatas. É realmente possível dizer que a amortização contábil das despesas de ágio *sempre permaneceu neutra para fins tributários nas diversas alterações legislativas atinentes à matéria.*

Até 1997, a única consequência tributária para o ágio por expectativa de rentabilidade futura, apurado na contabilidade da empresa investidora pela adoção MEP, se daria apenas em caso de futura realização do investimento (por exemplo, futura venda da empresa investida), no momento da apuração do ganho ou perda de capital então apurado. Foi o que prescreveu o art. 33 do Decreto-lei 1.598/77:

#### **Investimento Avaliado pelo Valor de Patrimônio Líquido**

Art. 33 - O valor contábil, para efeito de determinar o ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação do investimento em coligada ou controlada avaliado pelo valor de patrimônio líquido (art. 20), será a soma algébrica dos seguintes valores:

I - valor de patrimônio líquido pelo qual o investimento estiver registrado na contabilidade do contribuinte;

**II - ágio ou deságio na aquisição do investimento, ainda que tenha sido amortizado na escrituração comercial do contribuinte, excluídos os computados, nos exercícios financeiros de 1979 e 1980, na determinação dolucro real.**

II - ágio ou deságio na aquisição do investimento com fundamento nas letras *b* e *c* do § 2º do artigo 20, ainda que tenha sido amortizado na escrituração comercial do contribuinte

III - provisão para perdas (art. 32) que tiver sido computada na determinação dolucro real.

§ 1º - Os valores de que tratam os itens II a IV serão corrigidos monetariamente.

§ 2º - Serão computados na determinação do lucro real:

a) como ganho de capital, o acréscimo do valor de patrimônio líquido decorrente de aumento na porcentagem de participação do contribuinte no capital social da coligada ou controlada, resultante de modificação do capital social desta com diluição da participação dos demais sócios;

b) como perda de capital, a diminuição do valor de patrimônio líquido decorrente de redução na porcentagem da participação do contribuinte no capital social da coligada ou controlada, em virtude de modificação no capital social desta com diluição da participação do contribuinte.

Dessa forma, desde a década de 70 até 1997, o ágio suportado pela investidora com fundamento em expectativa de rentabilidade futura teria relevância para fins tributários apenas no momento de eventual e posterior realização do investimento, com a redução proporcional da base de cálculo do ganho de capital então apurado. **Em tal momento, tais despesas poderiam ser aproveitadas integralmente na apuração do ganho (ou perda) de capital, sem qualquer fracionamento.**

Essa possibilidade de aproveitamento fiscal integral do ágio pago conduziu a debates em torno de situações consideradas abusivas, à certa insegurança jurídica e, finalmente, à alteração de sua sistemática pela edição da Lei n. 9.532, de 10.12.1997

## **2.2. A legislação que perdurou de 1997 a 2014, aplicável ao caso dos autos.**

Com edição da Lei n. 9.532/97, o legislador ordinário alterou sensivelmente as consequências fiscais do ágio por expectativa de rentabilidade futura. A partir de então, passou a ser possível o aproveitamento do ágio à fração 1/60 ao mês, desde o momento em que o ágio escriturado pela investidora viesse a ser confrontado, em um mesmo acervo patrimonial, com os lucros advindos da empresa investida que justificaram o pagamento desse sobrepreço por expectativa de rentabilidade futura.

A possibilidade de amortização das despesas de ágio por expectativa de rentabilidade futura, da forma prescrita pela Lei n. 9.532/97, depende do cumprimento de uma *fórmula operacional básica*, que pressupõe o fenômeno societário da *absorção patrimonial*, com a reunião (por *incorporação, fusão ou cisão*) do patrimônio da pessoa jurídica investidora com a pessoa jurídica investida, a fim de que o aludido ágio registrado naquela seja emparelhado com os lucros gerados por esta. Concretizada a *absorção patrimonial* exigida pelo legislador, o ágio apurado em aquisição precedente pode ser amortizado nos balanços levantados após a ocorrência de um desses eventos, ainda que a incorporada ou cindida seja a investidora (incorporação reversa).

É o que se observa dos arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/97:

Art. 7º. A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977:

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 subseqüentes à incorporação, fusão ou cisão, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no mínimo, para cada mês do período de apuração.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Há quem aponte que os arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/97 veiculariam *benefício*

*fiscal*<sup>7</sup>. Para LUCIANO AMARO, tratar-se-ia de “*estímulo a investimento na aquisição de empresas privadas com perspectivas de crescimento de rentabilidade, como incentivo à geração de riqueza, de empregos e, como consequência, de incrementar a própria arrecadação tributária*”.

Ainda que tais efeitos indutores possam ser observados em alguns casos, parece mais correto compreender que os arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/97 enunciam mera norma de dedutibilidade para apuração fiscal, que inclusive limita quantitativamente a amortização do ágio em questão à fração 1/60 ao mês (ao contrário de “ampliar”, ao que seria um benefício), antes consumada em um único ato<sup>8</sup>.

De *benefício fiscal* não se trata. O legislador simplesmente impõe que o *sobrepreço* em questão seja processado contra os lucros da empresa investida, cuja expectativa de lucratividade tenha dado causa ao ágio quando de sua aquisição. Trata-se de norma que regula a amortização fiscal de despesas com ágio por meio de uma *fórmula operacional básica*, bem como limita quantitativamente o exercício de tal direito à fração 1/60 ao mês.

Ainda que não seja determinante para a interpretação da norma em apreço, a exposição de motivos da Lei n. 9.532/97 é ilustrativa, *in verbis*<sup>9</sup>:

“11. O art. 8º estabelece o tratamento tributário do ágio ou deságio decorrenteda aquisição, por uma pessoa jurídica, de participação societária no capital de outra, avaliada pelo método da equivalência patrimonial.

Atualmente, pela inexistência de regulamentação legal relativa a esse assunto, diversas empresas, utilizando dos já conhecidos ‘planejamentos tributários’, vêm utilizando o expediente de adquirir empresas deficitárias, pagando ágio pela participação, com a finalidade única de gerar ganhos de natureza tributária mediante o expediente, nada ortodoxo, de incorporação da empresa lucrativa pela deficitária.

Com as normas previstas no Projeto, esses procedimentos não deixarão de acontecer, mas, com certeza, ficarão restritos às hipóteses de casos reais, tendo em vista o desaparecimento de toda vantagem de natureza fiscal que possa incentivar a sua adoção exclusivamente por esse motivo”.

A exposição de motivos reafirma algo que está claro no texto legislado: o legislador não pretendeu restringir o legítimo aproveitamento do ágio por expectativa de rentabilidade futura, mas sim regular a sua fruição aos casos em que realmente ocorra aquisição de investimento relevante em pessoa jurídica com efetivo sobrepreço. A decisão do legislador foi segregar situações em que há correta apuração do ágio por expectativa de rentabilidade futura de outras que, por corresponderem a operações fictícias, realmente não poderiam ser tratadas da mesma forma.

Se algum “benefício” foi pretendido em 1997 pelo legislador ordinário, este consistiu no estabelecimento de ambiente de *segurança jurídica* para a realização de aquisições de empresas privadas brasileiras. Em franco plano econômico de desestatização aclamado pelo governo, seguido de período de intenso movimento econômico e investimentos em empresas privadas brasileiras (“M&A”), seria relevante aos investidores ter ambiente jurídico seguro, com uma objetiva *fórmula operacional básica* a ser seguida. As discussões existentes sobre o ágio até 1997 poderiam fragilizar o ambiente de

confiança jurídica e econômica com inevitável inibição de investimentos, o que foi remediado pelo legislador ordinário com a edição da Lei n. 9.532/97.

No entanto, o presente julgamento, ocorrido aproximadamente 20 anos após a enunciação da Lei n. 9.532/97, demonstra que a sua aplicação tem gerado uma série de outras incertezas. E, permissa vênua, a interpretação adotada pela fiscalização na lavratura do auto de infração em tela demonstra que uma enorme *insegurança jurídica* – justamente o contrário do pretendido com a Lei n. 9.532/97 – está sendo imposta à contribuinte, ora Recorrente, o que não deve prosperar.

### **2.3. Período pós 2014: alterações trazidas pela Lei n. 12.973 ao reconhecimento e aproveitamento fiscal do ágio.**

Desde a edição da Lei n. 12.973/2014, o tratamento fiscal do ágio sofreu algumas modificações, mas manteve-se em boa medida incólume.

Note-se que, em 2014, o legislador mais uma vez manifestou a sua decisão sobre a apuração e o aproveitamento do ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura. O legislador teve a oportunidade para aprimorar o sistema jurídico de forma a reduzir o contencioso com nova regulamentação quanto às exigências para a amortização do ágio. Tal decisão legislativa restou bastante aclarada em relação a discussões como a demonstração do valor do ágio por expectativa de rentabilidade futura (agora a lei exige a elaboração de um laudo específico e em determinado prazo, o que não existia anteriormente)<sup>10</sup> e a validade do “ágio interno” (agora a lei veda a apuração de ágio na aquisição de investimento relevante realizada entre partes dependentes, o que não existia anteriormente)<sup>11</sup>.

O silêncio do legislador, na reforma de 2014, em relação a temas igualmente contenciosos, como o da *transferência de investimento com ágio analisado nos presentes autos*, pode ser compreendido como inexistência de oposição às possíveis reestruturações societárias que o participar venha a sofrer. Referido silêncio pode ser considerado como reconhecimento do direito de auto-organização garantido ao particular pelo princípio da livre iniciativa, de forma que não haverá nenhuma sanção a isso no que concerne ao aproveitamento do ágio legitimamente apurado na operação originária de aquisição de investimento relevante. **Trata-se de um silêncio eloquente.**

### **3. A norma de dedutibilidade fiscal das despesas de amortização de ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura.**

A norma em questão prescreve que, na *hipótese* de aquisição de investimento relevante com ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura, com a correta adoção do MEP para apuração pela investidora do patrimônio líquido da investida e do correspondente ágio, acompanhada da *fórmula operacional básica* estipulada em lei para a absorção, pela pessoa jurídica investidora, do acervo patrimonial da controlada ou coligada que justificou o ágio incorrido em sua aquisição (ou vice versa), **então a consequência jurídico-tributária** deverá ser a amortização da fração de 1/60 por mês do ágio por expectativa de

rentabilidade futura contra as receitas da empresa investida (cuja expectativa de lucratividade tenha dado causa ao ágio quando de sua aquisição).

#### **4. Evidenciação analítica dos elementos componentes da norma de dedutibilidade fiscal das despesas de amortização de ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura**

Este tópico se dedica à exposição analítica da norma de amortização do ágio, com o isolamento de elementos essenciais à sua aplicação. Também serão suscitados fatores que, embora não sejam determinantes, corroboram para o reconhecimento da legitimidade das operações envolvidas, bem como outros que são indiferentes e não devem interferir na fruição da amortização das despesas com ágio.

A doutrina do Direito tributário há muito evidencia que, para que se desencadeiem as consequências jurídicas da norma, devem ser verificadas no mundo fenomênico todas as notas previstas em sua hipótese de incidência pelo legislador. O princípio da legalidade, explicado por essa formulação, se consubstancia na exigência de lei em sentido estrito para a eleição dos elementos essenciais tanto da *hipótese de incidência* do tributo quando do seu *consequente normativo* (obrigação tributária).

A norma de amortização do ágio está sujeita a tais exigências, pois interfere diretamente na apuração da base de cálculo do IRPJ. Desse modo, no subtópico “4.1” a seguir, serão identificados quais elementos são requisitos essenciais para a amortização fiscal do ágio por expectativa de rentabilidade futura.

A jurisprudência do CARF, por sua vez, passou a consagrar fatores que corroborariam para que a estrutura jurídica adotada pelo contribuinte seja considerada “real”. Tais elementos não são requisitos essenciais, por não terem sido erigidos de tal forma pelo legislador, mas tem corroborado para a formação do convencimento em algumas decisões proferidas no âmbito do CARF, como uma espécie de *safe harbour*. Em homenagem a essa jurisprudência administrativa e à função de uniformização da CSRF, os aludidos fatores serão analisados adiante.

Por fim, não se pode deixar de sublinhar alguns elementos cuja ocorrência é completamente indiferente para que o contribuinte possa ou não amortizar do ágio na forma prescrita pelos arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/97, os quais serão analisados no subtópico “4.3”.

##### **4.1. Elementos que são requisitos essenciais para a amortização fiscal do ágio.**

A hipótese de incidência da norma que atribui consequências tributárias ao ágio incorrido por expectativa de rentabilidade futura apresenta elementos cuja presença é essencial, como:

- Aquisição de investimento relevante com contraprestação de ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura;

- Fluxo financeiro ou sacrifícios econômicos envolvidos na operação de aquisição;
- Desdobramento do custo de aquisição em valor de equivalência patrimonial da investida e ágio ou deságio incorrido;
- A amortização do ágio deve se processar contra os lucros da empresa investida (cuja expectativa de lucratividade tenha dado causa ao ágio quando de sua aquisição);
- Absorção da pessoa jurídica a que se refira o ágio ou deságio (investida) pela pessoa jurídica investidora (ou vice-versa).

#### **4.1.1. Demonstração da aquisição de investimento relevante com ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura.**

O art. 7º da Lei n. 9.532/97 estabelece um marco originário para a apuração do ágio potencialmente dedutível da base de cálculo tributária: o momento da aquisição de investimento com *sobrepreço* fundado em expectativa de rentabilidade futura. Essa operação é que será determinante para a apuração do ágio que, caso cumprida *fórmula operacional básica* prescrita pelo legislador, dará ensejo à amortização fiscal.

O art. 20, §3º, do Decreto-lei 1.598/77 (redação anterior à Lei 12.973.2014), prescreve que o ágio desdobrado por ocasião da aquisição de participação, com justificativa no valor de mercado dos bens do ativo ou na expectativa de rentabilidade futura da investida, “deverá ser baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração”.

Quando se investiga o Decreto-lei 1.598/77, a Lei 6.404, a Lei 9.532/97 e o Decreto 3.000/99 (antes das alterações introduzidas pela Lei n. 12.973), há uma constatação comum: nenhum desses enunciados prescritivos requer qualquer forma específica de demonstração do ágio apurado pela pessoa jurídica investidora, no momento da aquisição, por expectativa de rentabilidade futura da pessoa jurídica investida.

O meio de prova a ser adotado pelo contribuinte, então, deve estar circunscritos àqueles permitidos ou não vedados pelo Direito, mas ao seu critério e conveniência.<sup>12</sup>

A investigação pelas normas jurídicas brasileiras que tutelam em geral a questão da prova conduz ao menos aos seguintes enunciados prescritivos:

#### **Código Civil**

Art. 107. A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir.

Art. 212. Salvo o negócio a que se impõe forma especial, o fato jurídico poder ser provado mediante:

I - confissão;

- II - documento;
- III-testemunha;
- IV - presunção;
- V - perícia.

Art. 226. Os livros e fichas dos empresários e sociedades provam contra as pessoas a que pertencem, e, em seu favor, quando, escriturados sem vício extrínseco ou intrínseco, forem confirmados por outros subsídios.

Parágrafo único. A prova resultante dos livros e fichas não é bastante nos casos em que a lei exige escritura pública, ou escrito particular revestido de requisitos especiais, e pode ser ilidida pela comprovação da falsidade ou inexatidão dos lançamentos.

### **Código de Processo Civil (“antigo”, Lei n. 5.869, de 11.01.1973)**

Art. 332. Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.

A conclusão inevitável é que a “demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração” não possuem forma e conteúdo pré-determinados pelo legislador, que conferiu ao contribuinte liberdade para a adoção dos meio jurídico probatório que lhe convier, observadas as normas gerais do Direito quanto às provas em geral que não demandam forma específica.<sup>13</sup>

Assim, é requisito essencial da norma analisada que seja realizada, por pessoa jurídica, uma operação (real, obviamente) de aquisição de investimento em outra pessoa jurídica, na qual haja contraprestação pela investidora de um *sobrepço* fundado em expectativa de rentabilidade futura por parte da investida, devidamente demonstrada por todas as formas em Direito admitidas.

#### **4.1.2. Fluxo financeiro ou sacrifícios econômicos envolvidos na operação de aquisição.**

A Lei n. 9.532/97, em seu art. 7º, apenas faz referência à “participação societária adquirida com ágio ou deságio”, sem especificar a forma como deve ser implementada tal aquisição. A maneira mais óbvia de aquisição seria o pagamento em moeda, embora seja muito comum que aquisições desse tipo ocorram, por exemplo, por meio de integralização de ações. O legislador não restringiu qualquer dessas possibilidades.

Pelo contrário, o legislador utilizou de termos amplos o suficiente para abarcar aquisições realizadas por quaisquer formas de contraprestação: o pressuposto de aplicação da norma é a aquisição, por qualquer forma jurídica, na qual exista **contraprestação com ágio**, o que pressupõe a existência de *fluxo financeiro ou quaisquer outras formas de sacrifícios econômicos* envolvidos na operação.

Do legado do Conselheiro MARCOS SHIGUEO TAKATA<sup>14</sup>, observa-se que “esse preço, repita-se, pode dar-se em ‘moeda’ diversa a dinheiro, como ações

emitidas pela companhia incorporadora de ações, como já descrito, no caso de incorporação de ações”.

#### **4.1.3. Desdobramento do custo de aquisição em valor de equivalência patrimonial e ágio por expectativa de rentabilidade futura.**

A legislação brasileira dispõe sobre pessoas jurídicas obrigadas à adoção do MEP para refletir em suas demonstrações contábeis o valor do investimento mantido em sociedades coligadas ou controladas pelo valor do patrimônio líquido destas. Por sua vez, também há pessoas jurídicas que, embora não possuam *a priori* tal obrigação, tornam-se igualmente obrigadas a adotar o MEP em situações específicas.

No caso, a norma obtida dos arts. 7º e art. 8º da Lei n. 9.532/97 e art. 20 do Decreto-lei n. 1.598/77, torna obrigatória a avaliação do investimento pelo MEP a toda pessoa jurídica que realizar aquisição, por qualquer forma jurídica, na qual exista contraprestação com ágio. O contribuinte que realizar a referida aquisição de investimento deverá, por ocasião desse evento, desdobrar o custo de aquisição em:

- (i) valor do patrimônio líquido da empresa investida verificado no momento de sua aquisição e;
- (ii) ágio por expectativa de rentabilidade futura incorrido na referida aquisição.

O art. 20 do Decreto-lei n. 1.598/77 prevê que o ágio por expectativa de rentabilidade futura “deverá ser baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração”.

Há, assim, determinação para que o contribuinte realize tal segregação e a demonstração dos fundamentos adotados, de tal forma que não lhe é dado seguir por outro caminho caso pretenda amortizar as fiscalmente tais despesas.<sup>15</sup> A decomposição do investimento nesses dois elementos é mandatória, apenas sendo facultativa a amortização do ágio para fins fiscais na proporção máxima de 1/60 ao mês. Tratando-se de deságio, por sua vez, as suas consequências fiscais são naturalmente cogentes.<sup>16</sup>

#### **4.1.4. A amortização do ágio deve se processar contra os lucros da empresa investida, cuja expectativa de lucratividade tenha dado causa ao ágio quando de sua aquisição.**

A regra de amortização do ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura não traz ao contribuinte um benefício fiscal pela criação de “créditos presumidos” ou “fictícios”. O legislador simplesmente recorresse (sic.) um sobrepreço efetivamente incorrido e impõe que este seja processado contra os lucros da empresa investida, cuja expectativa de lucratividade tenha dado causa ao ágio quando de sua aquisição. Ao conceber a amortização do ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura como mera *norma de dedutibilidade em conformidade com o conceito de renda tributável*, o legislador, então, prescreveu o necessário emparelhamento dos lucros efetivamente gerados pela empresa adquirida com o ágio incorrido pela sua aquisição.

O legislador se baseou no “*princípio do emparelhamento das receitas e despesas*”, que é decorrência *princípio da competência*, aplicável como regra geral para a apuração tributária<sup>17</sup>. Mais do que ter se baseado, é possível afirmar que o legislador tributário, ao tutelar a amortização fiscal do ágio, se manteve coerente com o regime de competência e com as normas que o regulam no Direito societário. Note-se o que prescreve o art. 177 da Lei n. 6.404/76:

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

O legislador foi enfático, pois entre os “princípios de contabilidade geralmente aceitos” ou “princípios fundamentais da de contabilidade”<sup>18</sup> está justamente o princípio da competência, do qual decorre o “*princípio do emparelhamento das receitas e despesas*”. A adoção de tais princípios contábeis como regra geral para a apuração do resultado das companhias também foi prescrita de forma expressa no art. 187 da Lei n. 6.404/76:

**Art. 187.** A demonstração do resultado do exercício discriminará:

(...)

§ 1º Na determinação do resultado do exercício serão computados:

a) as receitas e os rendimentos ganhos no período, independentemente da sua realização em moeda; e os custos, despesas, encargos e perdas, pagos ou incorridos, correspondentes a essas receitas e rendimentos.

A Resolução CFC n. 750/93 também exprimiu ser decorrência necessária do princípio da competência a adoção do método (ou “princípio”) do confronto das receitas e despesas, como se observa do art. 9º da aludida norma contábil:

Art. 9º. As receitas e as despesas devem ser incluídas na apuração do resultado do período em que ocorrerem, sempre simultaneamente quando se correlacionarem, independentemente de recebimento ou pagamento.

§ 1º O Princípio da COMPETÊNCIA determina quando as alterações no ativo ou no passivo resultam em aumento ou diminuição no patrimônio líquido, estabelecendo diretrizes para classificação das mutações patrimoniais, resultantes da observância do Princípio da OPORTUNIDADE.

§ 2º O reconhecimento simultâneo das receitas e despesas, quando correlatas, é consequência natural do respeito ao período em que ocorrer sua geração.

Com as alterações introduzidas pela Resolução CFC n. 1.282/10, o aludido dispositivo passou a constar com outra redação, sem alterar em nada o princípio do emparelhamento das receitas e despesas. Como nem poderia ser diferente, a norma contábil reafirma o método do emparelhamento de receitas e despesas como pressuposto para a concretização do princípio da competência:

Art. 9º. O Princípio da Competência determina que os efeitos das transações e outros eventos sejam reconhecidos nos períodos a que se referem, independentemente do recebimento ou pagamento.

Parágrafo único. O Princípio da Competência pressupõe a simultaneidade da confrontação de receitas e de despesas correlatas.

No caso da amortização fiscal das despesas de ágio por expectativa de rentabilidade futura, o referido método (ou princípio) contábil é vivificado sob a premissa de que “despesas antecipadas devem ser ‘guardadas’ (ativadas) até que se verifiquem as receitas que lhe são correspondentes.”<sup>19</sup>, o que condiz com a observância do princípio da competência e do emparelhamento de receitas e despesas: a amortização do ágio deve se processar contra os lucros da empresa investida, cuja expectativa de lucratividade tenha dado causa ao ágio quando de sua aquisição.

A questão técnica imediatamente surgida ao legislador foi identificar, nas normas societárias e contábeis brasileiras, formas possíveis para operar o aludido emparelhamento dos lucros efetivamente gerados pela empresa investida com o ágio apurado pela investidora quando de sua aquisição. Afinal, a despesa com o ágio por expectativa de rentabilidade futura se encontraria em um entidade (empresa investidora), enquanto que as receitas que ocasionariam a geração dos lucros futuros seriam gerados por outra entidade (empresa investida).

Em alguns países, a exemplo dos Estados Unidos, em que o princípio da entidade é tratado de forma diversa e há a consolidação dos demonstrativos financeiros da controladora e de suas subsidiárias, é comum verificar-se o que se chama de “push down accounting”. Por meio desse, em hipótese, com a consolidação dos balanços da controladora e de suas subsidiárias, as despesas de ágio apuradas por aquela seriam trazidos para baixo e confrontados com lucros gerados por esta.

Se o legislador tributário brasileiro estivesse imerso em tal tradição jurídica, certamente não teria qualquer desafio para implementar um permissivo legal à amortização do ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura: em razão da consolidação dos balanços e do “*push down accounting*”, haveria comunicação natural das despesas com o ágio e as receitas cuja expectativa de geração futura justificou a sua assunção.

No Brasil, no entanto, não há correspondente ao chamado “*push down accounting*”, com uma tradição societária e contábil firme no *princípio da entidade*. O problema se mostrou evidente: como possibilitar que a empresa investidora amortize o ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura, deduzindo-o dos aludidos lucros quando se concretizarem, se estes (ágio e lucro) se encontram em entidades distintas (controladora e controlada)?

Assim, com base nas normas societárias e contábeis brasileiras, coube ao legislador tributário estabelecer uma *fórmula operacional básica* apta a emparelhar o ágio escriturado pela investidora com os efetivos lucros gerados pela empresa investida, cuja expectativa tenha dado causa ao ágio apurado quando de sua aquisição.

**4.1.5. Fórmula operacional básica: absorção da pessoa jurídica a que se refira o ágio ou deságio (investida) pela pessoa jurídica investidora (ou vice-versa).**

Caso se adote o sentido estrito da expressão “planejamento tributário”<sup>20</sup>, a questão do ágio estará fora de sua matéria. Ocorre que a regra expressa pelos arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/97 situa a amortização do ágio por expectativa de rentabilidade futura, em termos estritos, entre as “*economias de opção*” ou “*opções fiscais*”<sup>21</sup>.

Nas chamadas *opções fiscais*, o sistema jurídico tributário oferece ao contribuinte mais de uma sistemática para que submeta os seus signos de riqueza à tributação: é garantida ao contribuinte a liberdade para optar pelo caminho que lhe parecer mais adequado, seja por praticidade ou por lhe proporcionar menor ônus tributário.

Explorando o exemplo da DIRPF<sup>22</sup>, com opção pela *sistemática simplificada* ou *completa*, verifica-se que o legislador prescreveu ao contribuinte uma **fórmula procedimental básica** a ser seguida pela pessoa física: no programa de computador fornecido pela Receita Federal, o contribuinte deve pura e simplesmente optar pelo modelo *simplificado* ou *completo*. O programa de computador calcula para o contribuinte qual opção lhe trará o menor custo de IRPF e, caso se opte pelo modelo mais oneroso, o sistema não prossegue até que o contribuinte confirme estar certo de que realmente irá optar por pagar mais (mensagem semelhante não aparece caso o contribuinte opte pelo caminho mais natural de poupar despesas tributárias). Neste exemplo, não estaria o contribuinte realizando um “planejamento tributário”, mas algo não apenas tolerado como regulado e incentivado pelo legislador: “*opções fiscais*” ou “*economias de opção*”.

Por sua vez, com o objetivo de permitir expressamente a amortização fiscal do ágio por expectativa de rentabilidade futura, o legislador tributário também forneceu a **fórmula operacional básica** a ser seguida:

- *os lucros gerados pela pessoa jurídica investida devem ser confrontados com a fração de amortização do ágio apurado pela empresa (coerência do legislador com tradicional método do emparelhamento de receitas e despesas para a apuração do IRPJ).*

- *como não há no sistema jurídico brasileiro norma de consolidação de balanços que conduza ao “push down accounting”, o legislador tributário prescreveu ao contribuinte a necessidade de reunião das pessoas jurídicas investidora e investida (absorção patrimonial), por meio de incorporação, fusão ou cisão.*

É necessário deixar claro que **o legislador não buscou induzir a concentração de empresas** por meio das normas do art. 7º e 8º da Lei n. 9.532/97. Não há vestígios de discussões legislativas nesse sentido, não há indicações de tal jaez no texto legislativo e também não se concebe plausibilidade em indução de concentração econômica das empresas.

**O legislador não buscou induzir a concentração de empresas pura e simplesmente, como se isso fosse algum valor a ser alcançado pela sociedade.** Caso a tradição jurídica brasileira consagrasse norma geral consolidação de balanços, o referido “*push down accounting*” tornaria prescindível o fenômeno da absorção para a reunião patrimonial das empresas investida e investidora, pois a adoção deste método faria com que a empresa

investida *trouxesse para si* (“*para baixo*”) as despesas de ágio apurado pela empresa investidora.

A exigência normativa, portanto, reside simplesmente em uma necessidade técnica de reunião (i) do *acervo patrimonial cuja rentabilidade futura justificou o ágio* com (ii) o *acervo patrimonial em que estão registrados os sacrifícios do investimento realizado, com a segregação, pelo MEP, dos valores atinentes ao ágio e ao valor patrimonial da investida identificado quando de sua aquisição*. A exigência do legislador consiste simplesmente no emparelhamento de receitas e despesas, o que se dá com “‘a realização’ do investimento, mediante operação que integre, numa mesma entidade, a investidora e o acervo objeto do investimento”<sup>23</sup>.

Essa *fórmula operacional básica* é bem descrita por LUCIANO AMARO<sup>24</sup>, quando identifica que “o que autorizará a amortização do ágio é a operação de incorporação (ou fusão ou cisão) que implique a “confusão” na mesma entidade (investidora ou investida, ou terceira empresa resultante de fusão de ambas) do investimento societário e do acervo da investida que justificou o ágio pago na aquisição desse investimento”. Conclui esse professor, acertadamente, que “A lei não criou obstáculos. Pelo contrário, afastou-os expressamente”<sup>25</sup>.

Para que a junção em uma mesma entidade do fluxo futuro de renda (gerado pelo acervo da investida) com as despesas de ágio para a aquisição do investimento (contabilizado na empresa investidora), a norma prevê amplas formas jurídicas, contemplando *incorporações, fusões* ou mesmo *cisões*.

Assim, considerando que uma empresa (“X”) adquire investimento relevante de outra empresa (“Y”), com o pagamento de *sobre preço* (ágio) justificado por *expectativa de rentabilidade futura*, a norma conduz a situações como:

- se a empresa investidora (“X”) **incorporar** a empresa investida (“Y”), esta deixaria de existir, passando a existir apenas aquela (“X”) com a sucessão universal de todos os direitos e obrigações desta (“Y”). Assim, das receitas da então empresa investida (“Y”) poderiam ser deduzidas, no limite de 1/60 mensais, as despesas de amortização de ágio apuradas pela investidora (“X”). O mesmo se daria com a *incorporação reversa*, na hipótese da empresa investida (“Y”) incorporar a investidora (“X”), por permissivo expresso do art. 8º, “b” da Lei n. 9.532/97.

- se a empresa investidora (“X”) for **cindida**, resultando na criação de nova empresa (“X2”) com o investimento devido na investida (“Y”) e, posteriormente, incorporar esta, a empresa investida (“Y”) deixará de existir, passando a existir apenas cindida (“X2”). Devido à sucessão universal de todos os direitos e obrigações, as receitas da então empresa investida (“Y”) poderão ser amortizadas, no limite de 1/60 mensais, com as despesas de ágio apuradas pela investidora (“X2”). A cisão parcial seguida da incorporação reversa também seria possível, por permissivo expresso do art. 8º, “b” da Lei n. 9.532/97.

- se a empresa investidora (“X”) e a investida (“Y”) forem **fusionadas**,

deixando de existir para dar lugar ao nascimento da empresa fundida (“Z”), a qual receberá por sucessão universal todos os direitos e obrigações daquelas (“X” e “Y”), as receitas da então empresa investida (“Y”) poderão ser amortizadas, no limite de 1/60 mensais, com as despesas de ágio apuradas pela investidora (“X”).

Nesse seguir, a *mens legis* ou *ratio legis* das regras em análise se torna evidente: o ágio decorrente da aquisição deverá ser amortizado do lucro obtida pela empresa adquirida, o que demanda comunicação entre ambas ou seja, “absorção”. É dizer: para que o objetivo da norma seja alcançado (qual seja, a amortização do ágio), o meio selecionado como requisito essencial foi a reunião, “absorção” das pessoas jurídicas investidora e investida.

Permitam-me a transcrição das acertadas ponderações de RICARDO MARIZ DE OLIVEIRA<sup>26</sup>, emitidas em âmbito acadêmico:

“Destarte, para que esse objetivo legal seja atingido, é necessário trazer o lucro para dentro da pessoa jurídica que tenha adquirido a participação societária com a expectativa de rentabilidade da mesma, ou levar o ágio ou deságio para dentro da pessoa jurídica produtora do resultado esperado, o que se faz por incorporação ou cisão de uma delas e absorção pela outra. Ou, ainda, o mesmo objetivo pode ser alcançado levando-se o ágio ou deságio e o lucro para dentro de uma nova pessoa jurídica, o que se faz por fusão das duas pessoas jurídicas, que ficam absorvidas pela nova.

Em suma, no contexto dos arts. 7º e 8º é essencial que haja absorção de patrimônio por via de incorporação, fusão ou cisão, de maneira a reunir ágio ou deságio e lucro numa única pessoa jurídica.

É por isso mesmo – por ser acontecimento inerente ao tratamento objetivado pela lei – que a reunião das pessoas jurídicas é coisa natural e não deve ser vista com a desconfiança que tem caracterizado alguns procedimento fiscais, a qual é totalmente descabida quando efetivamente tenha ocorrido uma aquisição com ágio, eis que o passo subsequente inevitável, previsto na lei, é a incorporação, fusão ou cisão das pessoas jurídicas investidora e investida.”

É importante observar que as operações referidas nos arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97 não devem ser consideradas fora de seu contexto. Assim, se uma empresa (“X”) adquire investimento relevante de outra empresa (“Y”), com o pagamento de ágio justificado por *expectativa de rentabilidade futura*, a norma fiscal não autoriza a amortização do referido ágio, por exemplo, se a empresa investidora (“X”) for incorporada por uma terceira empresa (“Z”). Nesse caso, a referida empresa incorporadora (“Z”), por sucessão universal de todos os direitos e obrigações, passaria a deter o investimento da empresa cuja expectativa de rentabilidade futura justificou o pagamento de ágio (“Y”). Ocorre a *transferência do investimento e do respectivo ágio*, o que é **indiferente sob a perspectiva tributária, isto é, nem é vedado e nem gera o direito à amortização**, conforme será melhor analisado no tópico “4.3.2”. Apenas se a aludida incorporadora (“Z”), por exemplo, incorporar, ser incorporada ou realizar fusão com a empresa investida (“Y”), é que estaria autorizada a amortização fiscal do ágio em questão.<sup>27</sup>

É correta, então, a afirmação de RICARDO MARIZ DE OLIVEIRA<sup>28</sup>, de que “a condição legal de reunião das pessoas jurídicas não é simplesmente formal, vazia de conteúdo racional, pois a absorção, seja por via de fusão ou de incorporação ou de cisão, é verdadeiramente necessária para que se possa dar a reunião do ágio ou deságio e do lucro numa única pessoa jurídica.” A precisão dessa assertiva é confirmada com o requisito analisado no subtópico anterior, qual seja: o legislador impõe que o ágio em questão seja processado contra os lucros da empresa investida, cuja expectativa de lucratividade tenha dado causa ao ágio quando de sua aquisição.

#### **4.2. Elementos que não são requisitos essenciais, mas que corroboram para reconhecimento dos elementos da hipótese de incidência e, assim, com o desencadeamento da consequência tributária (amortização fiscal do ágio).**

Desde a edição da Lei n. 9.532/97, uma série de questionamentos passaram a ser suscitados diante de casos concretos.

Em uma era farta de reestruturações societárias (“M&A”) impulsionadas por ambiente econômico favorável ao investimento doméstico e estrangeiro, os contribuintes e seus consultores jurídicos precisaram analisar a aplicação das regras de amortização de ágio às peculiaridades dos mais variados negócios jurídicos. A administração tributária, por sua vez, passou a acompanhar e a identificar casos de possível “abuso” no aproveitamento do ágio fiscal.

A jurisprudência administrativa, por sua vez, empiricamente gravou situações como indicativas de “abuso”, o que viciaria de tal modo as operações que lhe destituíam o direito à amortização de “ágio” referido nos arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/97.

Ao mesmo tempo, a pragmática do CARF também resultou em progressiva indicação de *safe harbours*, fatores que, quando presentes, evidenciarão à administração fiscal a legitimidade fiscal dos negócios praticados pelo contribuinte, colocando-o em um *porto seguro*. Muitas vezes, a presença de algum desses fatores resulta na consideração de uma operação como *a priori* legítima.

Há um limite que deve ser observado em relação a tais critérios de análise colhidos da experiência e de julgados do CARF. Embora sejam importantes para a sistematização da forma como os casos são julgados em vista de elementos em comum, não podem descarrilhar para uma legislativa imprópria desse Tribunal, com enunciação de critérios não previstos nos enunciados legislativos vigentes à época dos fatos geradores.

Não se trata de lista exaustiva, pois tem como propósito a análise do caso concreto dos presentes autos, de forma que está sujeita a atualização e consideração de especificidades.

##### **4.2.1. Aquisição de investimento de partes não relacionadas.**

Até a edição da Lei n. 12.973/2014, não havia, na legislação, vedação expressa ou mesmo qualquer referência à figura do “ágio interno”. Tal rótulo surgiu da experiência e do manejo de situações concretas e passou a ser regulada expressamente pelo legislador a partir produção da aludida lei. Por se tratar de

um rótulo, é preciso compreender a sua extensão e as consequência jurídicas que emanam da qualificação de uma operação como “*ágio interno*”.

Em termos muito gerais, o chamado “*ágio interno*” consiste em situações nas quais não se encontram presentes partes independentes, com a transmissão do investimento em uma pessoa jurídica para outra, pertencente ao mesmo grupo empresarial. Diz-se, então, que o *ágio* foi constituído “*internamente*”, sem a participação de nenhum participante *externo*.

Em face de uma série de casos considerados abusivos, em que particulares constituiriam *ágios internamente*, sem qualquer causa, com o propósito exclusivo de reduzir a base de cálculo do tributo, passou-se a considerar que a presença de um terceiro independente na operação originária de aquisição representaria um *safe harbour* ao contribuinte. Nesse contexto, as *aquisições de investimento entre partes não relacionadas* passaram a ser consideradas *a priori* legítimas para fins fiscais.

Para KAREM JUREIDINI DIAS e RAPHAEL ASSEF LAVEZ<sup>29</sup>, nas situações em que operações são realizadas entre partes relacionadas, a fiscalização poderia contestar a apuração de *ágio* “se, e somente se, identificarem-se elementos com base nos quais o laudo ou demonstrativo do *ágio* possa ser questionado pela administração tributária – à parte disso, reputa-se *arm’s length* o *ágio* realizado entre partes dependentes, na condição de que amparado em laudo ou demonstrativo condizente com a legislação fiscal”.

**Tal fator, embora possa ter elevada capacidade de influenciar a decisão do intérprete, não é, por si só, decisivo (ao menos até a edição da Lei n. 12.973).** Ocorre que outros fatores devem ser verificados, como, por exemplo, o requisito fundamental da existência de fluxo financeiro ou sacrifícios econômicos envolvidos na operação de aquisição.

Além disso, quando se está diante de operações rotuladas de “*ágio interno*”, é necessário investigar as suas peculiaridades, a fim de atribuir-lhes a qualificante “*válido*” ou “*inválido*”. Enquanto o primeiro, *válido*, mantém incólume a possibilidade de amortização fiscal, este, *inválido*, não. Ocorre que, sob a perspectiva fiscal, as modalidades de *ágios internos* podem ser agrupadas em dois grupos: *válidos* ou *inválidos*. Nas palavras de MARCOS SHIGUEO TAKATA<sup>30</sup>, “*há ágios internos e ‘ágios internos’*”.

#### **4.2.2. Inexistência de “prejuízos” à Fazenda Pública decorrente das reestruturações societárias realizadas.**

A crescente complexidade dos negócios é naturalmente refletida na organização societária das empresas. Por isso, não se pode atribuir à complexidade de operações realizadas pelo contribuinte qualquer pré-conceito que resvale em “*ilegitimidade a priori*” para fins fiscais, bem como não se pode esperar ser possível enquadrar todas as inumeráveis variáveis dos mais diversos negócios jurídicos em apenas algumas poucas caixas hermeticamente fechadas a revisões conceituais. Na verdade, há na Constituição Federal garantia à liberdade auto-organização.

Como o particular possui liberdade de auto-organização, decorrente

imediatamente do princípio da livre iniciativa, reestruturações societárias realizadas no âmbito da empresa investidora ou em suas controladas/coligadas (investida) são plenamente possíveis. Se uma reestruturação societária não conduzir à minoração de ônus tributário em comparação com aquele que seria suportado com a mais simples e direta absorção da empresa adquirida pela adquirente e, inclusive, não multiplicar ou de alguma forma ampliar o ágio, então a administração fiscal sequer teria interesse de agir.

A inexistência de “prejuízos” à Fazenda Pública decorrente das reestruturações societárias realizadas passou, então, a ser considerada como um *safe harbour* em acórdãos do CARF. Como exemplo, é possível observar a decisão a seguir, a qual confirmou a legitimidade da amortização fiscal do ágio:

“A efetivação da reorganização societária, mediante a utilização de empresa veículo, 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. O “abuso de direito” pressupõe que o exercício do direito tenha se dado em prejuízo do direito de terceiros, não podendo ser invocada se a utilização da empresa veículo, exposta e aprovada pelo órgão regulador, teve por objetivo proteger direitos (os acionistas minoritários), e não violá-los. Não se materializando excesso frente ao direito tributário, pois o resultado tributário alcançado seria o mesmo se não houvesse sido utilizada a empresa veículo, nem frente ao direito societário, pois a utilização da empresa veículo deu-se, exatamente, para a proteção dos acionistas minoritários, descabe considerar os atos praticados e glosar as amortizações do ágio”

(BANCO GMAC S.A. Acórdão n. 1301-001.224. Processo n. 16327.001482/2010-52)

Como inflexão imediata desse *safe harbour*, é necessário reconhecer que também não é lícito à Fazenda Nacional tributar mais a renda em questão do que seria tributado em comparação com o ônus que seria suportado com a mais simples absorção da empresa adquirida pela adquirente. A máxima jurídica de que é preciso dar a cada um o que lhe pertence (“*Suum Cuique Tribuere*”) também se aplica ao Direito público e vale tanto para o contribuinte quanto para a fisco.

É, então, defeso à administração fiscal sancionar o contribuinte pelo exercício de sua liberdade de auto-organização, apenas possuindo interesse de agir na hipótese das reestruturações societárias implementadas de alguma forma majorarem a amortização das despesas de ágio que seria possível com a mais simples absorção da empresa adquirida pela adquirente.

#### **4.2.3. A apuração de ganho de capital pelo alienante da empresa adquirida com sobrepreço fundado em expectativa de rentabilidade futura.**

A jurisprudência do CARF, com contribuição digna de nota de MARCOS SHIGUEO TAKATA, caminhou para o estabelecimento de *safe harbours* em reestruturações societárias que, embora não tivessem a participação de terceiros estranhos ao grupo econômico, poderiam apurar ágio potencialmente amortizável para fins tributários. Surgiu a proposta para a apuração de ganho de capital por parte da empresa alienante do investimento seja tomada como uma salvaguarda, que influenciaria para a validação de ágio apurado em

operações com partes relacionadas (“*ágio interno*”). Em declaração de voto no acórdão 1103-000.501<sup>31</sup>, tal questão foi muito bem colocada, *in verbis*:

“Mais um exemplo. Uma investida pode se encontrar com passivo a descoberto (PL negativo). Não obstante, sua controladora acredita na capacidade de recuperação e de rentabilidade da empresa. Para tanto, a controladora injeta dinheiro na empresa, por aumento de capital, revertendo o passivo a descoberto da investida (PL positivo), para a capacitar à sua recuperação e à geração de rentabilidade. O novo valor de investimento da controladora é o custo de aquisição no aumento de capital (valor em dinheiro aportado): a diferença entre o valor patrimonial da investida segundo o percentual de participação da controladora (equivalência patrimonial) e o custo de aquisição é *ágio*. Há efetividade econômica nesse *ágio*. Há pagamento em dinheiro pelo aumento de capital feito: sua contrapartida é aumento do investimento com *ágio*. O *ágio interno* é real ou efetivo”.

Duas considerações são necessárias quanto à referida salvaguarda. Primeiro, não se descarta que a apuração de ganho de capital pela empresa alienante possa influenciar o julgador quanto à legitimidade das operações realizadas, tratando-se ou não de casos de *ágio interno*. Segundo, embora este possa ser um elemento relevante e persuasivo, que corrobora para o reconhecimento da lisura das operações realizadas pelo contribuinte, não se trata de um requisito essencial, de forma que a sua ausência não conduziria à inoponibilidade fiscal das operações.

#### **4.3. Elementos que são indiferentes e não interferem na amortização fiscal do *ágio*.**

Na mesma marcha para a interpretação e aplicação das regras da Lei 9.532/97 relacionadas à amortização do *ágio* fundado na expectativa de rentabilidade futura, alguns fatores passaram a ganhar atenção da jurisprudência administrativa. No entanto, “*permissa maxima venia*”, conforme explicitado nos subtópicos seguintes, tais fatores não apresentam qualquer relevância para a aplicação ou não da norma dos arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/97.

Deve-se repetir a advertência de que os elementos a seguir não compõem uma lista exaustiva. Trata-se apenas de coleção de fatores corriqueiros no debate sobre o tema em análise e que estão presentes no caso concreto ora sob julgamento.

##### **4.3.1. Aspectos temporais da norma de aproveitamento do *ágio* e as “entidades efêmeras”.**

Como se viu, buscando racionalidade no sistema jurídico brasileiro – que tem como premissa fundamental o emparelhamento de receitas e despesas, mas não possui regra geral e automática de consolidação de balanços que possibilite o chamado “*push down accounting*”, o legislador prescreveu como condição para a amortização do *ágio* a reunião do patrimônio da empresa investida com o da investidora, de forma que os lucros daquela possam ser amortizados com as despesas de *ágio* escriturados por esta.

**Em nenhum momento o legislador exigiu que o contribuinte aguardasse algum lapso temporal mínimo para levar a cabo as operações necessárias para o aproveitamento do ágio em questão.** A *fórmula operacional básica* prescrita para viabilizar o aproveitamento fiscal do ágio simplesmente não estabelece exigências temporais: não consta qualquer prazo nos enunciados prescritivos da Lei n. 9.532/97, tal como não há prazos nas normas societárias que regulam aquisições, fusões e cisões societárias.

Nessa mesma linha, RICARDO MARIZ DE OLIVEIRA<sup>32</sup> apresenta ponderações relevantes não apenas em âmbito acadêmico, mas de grande valia para a adequada compreensão de casos concretos:

“É ainda por isso que, nestes casos, se torna irrelevante como se processa a reunião das duas pessoas jurídicas, para o que a lei abre inúmeras alternativas, e nem mesmo é prejudicial aos efeitos da lei que essa reunião se tenha realizado em curto ou em largo prazo, podendo mesmo efetivar-se no próprio dia da aquisição investimento”.

Dessa forma, não possui qualquer relevância para a análise do presente caso argumentos que demonstrem o decurso de longo lapso temporal entre as operações realizadas pelo contribuinte ou, ainda, que tenham sido utilizadas estruturas por curso espaço de tempo (“efêmeras”).

#### **4.3.2. Operações periféricas, adjacentes, intermediárias à reestruturação societária para absorção patrimonial requerida pela Lei n. 9.532/97.**

A Lei n. 9.532/97 estabeleceu uma *fórmula operacional básica*, segundo a qual, por meio de determinados atos societários, deverá haver a reunião do *acervo patrimonial cuja rentabilidade futura justificou o ágio com o acervo patrimonial em que se localiza o investimento realizado com o respectivo ágio*: receitas e despesas devem ser emparelhadas, com “‘a realização’ do investimento, mediante operação que integre, numa mesma entidade, a investidora e o acervo objeto do investimento”<sup>33</sup>.

**Ocorre que muitas outras operações podem ser realizadas na órbita reestruturação societária requerida pela Lei n. 9.532/97, antes ou após a aquisição da pessoa jurídica com ágio, como por exemplo:**

- constituição de pessoa jurídica com aporte de capital necessário à aquisição de investimentos, com diversificação ou não de suas atividades. Após a aquisição de um investimento em outra pessoa jurídica com ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura, a chamada “**empresa-veículo**” poderia executar a *fórmula operacional básica* prescrita pelo legislador, com a incorporação, cisão ou fusão que dá ensejo ao direito de amortização das despesas de ágio contra os lucros da empresa adquirida.
- nos casos rotulados de “**transferência de ágio**”, ocorre uma operação de aquisição precedente, entre partes independentes, com a posterior *transferência* do investimento adquirido para outra empresa do grupo. Em outras palavras, após a aquisição de investimento em outra pessoa jurídica com ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura, este investimento é

transferido para outra pessoa dentro do mesmo grupo econômico, previamente à operação de incorporação, cisão ou fusão que dá ensejo ao direito de amortização das despesas de ágio contra os lucros da empresa adquirida.<sup>34</sup>

Para o caso em exame nos presentes autos, interessa analisar com mais detalhes a questão da “empresa-veículo”.

Com paralelo nas “*conduit companies*”, a expressão acolhida na pragmática do CARF pode, em si, dar ensejo a confusões, pois pode abarcar situações distintas e encontrar justificativa por razões variadas, atinentes a fatores de mercado, regulatórios, societários ou mesmo exclusivamente tributários.

Salvo hipótese de fraude, a utilização de “empresa-veículo” não gera qualquer efeito tributário, isto é, não altera o potencial de amortização deste em caso de posterior operação de fusão, incorporação ou cisão que ocasione o encontro patrimonial requerido pelo legislador. **Por isso é correto afirmar que tais operações são neutras, não alterando a esfera de direitos dos contribuintes ou do fisco no que concerne a efetiva amortização do ágio.**

A Lei n. 9.532/97 não veda, expressa ou implicitamente, a prática de tais operações intermediárias, que são indiferentes ao legislador, gozando daquilo que TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JR.<sup>35</sup> classifica de “*permissão fraca*”. Ensina o Professor que:

“Permissões, no entanto, não resultam apenas de um preceito expresso, mas também da ausência de norma, do que decorre a chamada liberdade negativa. A permissão por ausência de norma (livre por não estar proibido nem ser obrigado) chama-se *permissão fraca*. Já a permissão que resulta da norma se chama *permissão forte*, que aponta para a liberdade no sentido positivo.”

De fato, não há disposição expressa na Lei n. 9.532/97 que vede expressamente a realização de reorganizações societárias periféricas e intermediárias ao evento de absorção eleito para ensejar a amortização do ágio por expectativa de rentabilidade futura, a exemplo da constituição de empresa-veículo. O que há é uma tese sobre uma “interpretação” da Lei n. 9.532/97, pela qual a PFN sustenta a perda da possibilidade de amortização do ágio em face de reorganizações societárias com empresas-veículo.

Como não há disposição expressa nesse sentido que dê ensejo a argumentos contundentes apoiados em *interpretação literal*, é necessário investigar se uma interpretação sistemática, teleológica ou mesmo histórica apoiariam tal tese.

De início, não se pode jamais perder de vista que, na *receita procedimental básica* prescrita pelo legislador para que o contribuinte opte (*economia de opção*) pela amortização fiscal do ágio em aquisição oneroso de investimento, a chamada *empresa veículo* funciona como instrumento para o emparelhamento das receitas (da empresa investida) com as despesas da amortização do ágio (apurados pela empresa investidora), o que, afinal, pressupõe alguma forma de “*push down accounting*”. Daí a assertiva de VICTOR BORGES POLIZELLI<sup>36</sup>: “Enfatiza-se: a ‘empresa veículo’ foi legalmente criada pela Lei n. 9.532/1997 como condição para o carregamento do ágio para baixo, para a empresa investida”.

Além disso, parece fora de dúvida que, ausente manifestação clara e expressa do legislador para a limitação de liberdades fundamentais, qualquer interpretação que conduza a tal limitação deverá ser avaliada a partir das normas constitucionais que tutelam a liberdade que se pretende restringir. **Na ausência de tal manifestação expressa de forma clara pelo legislador, a análise sistemática do ordenamento demanda, antes de tudo, verificar se a interpretação em questão contraria liberdade constitucional de empresa, de investimento, de organização e de contratação, me parece ser dever do julgador administrativo evitá-la. A razoabilidade dessa tese deve enfrentar esse teste fatal.**

A tese em questão evidencia duas interpretações antagônicas do art. 25 da Lei n. 9.532/97:

*1ª) A utilização de empresa-veículo é indiferente ou mesmo goza de permissão do sistema jurídico:* por esta, não há ampliação ou redução de qualquer direito à amortização de ágio por parte do contribuinte e nem o Estado amplia ou reduz a sua esfera de direitos em relação à amortização de tais despesas;

*2ª) A utilização de empresa-veículo faz com que pereça o direito à amortização de ágio por expectativa de rentabilidade futura, ainda que este tenha sido legitimamente apurado:* por esta, há restrição ao direito do contribuinte à amortização de despesas com ágio, com a consequente ampliação da participação do Estado no patrimônio privado.

É premissa inafastável que a atividade arrecadatária do Estado deve observar todo o repertório de direitos assegurados às pessoas físicas e jurídicas, o que evidentemente inclui as *liberdades econômicas*. Desrespeitado esse limite, a tributação perde legitimidade. E, no Brasil, a Ordem Econômica é amparada por normas constitucionais<sup>37</sup> geralmente suscitadas para fundamentar o direito do contribuinte à auto-organização de suas atividades sem a interferência do fisco: *a garantia à livre iniciativa e à livre concorrência*.

A *livre iniciativa* foi erigida como fundamento da ordem econômica pelo *caput* do art. 170 da Constituição Federal<sup>38</sup>. Como observa EROS ROBERTO GRAU<sup>39</sup>, a livre iniciativa assume uma dupla feição, protegendo ao capital e ao trabalho. Na explicação de TERCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR<sup>40</sup>, trata-se de mandamento para que o Estado atue de forma *negativa*, no sentido de não interferir na expansão da criatividade do indivíduo e, ainda, *positiva*, de atuação para a valorização do *trabalho humano*. A esse propósito, leciona esse professor:

“Não há, pois, propriamente, um sentido absoluto e ilimitado na livre iniciativa, que por isso não exclui a atividade normativa e reguladora do Estado. Mas há ilimitação no sentido de principiar a atividade econômica, de espontaneidade humana na produção de algo novo, de começar algo que não estava antes. Esta espontaneidade, base da produção da riqueza, é o fator estrutural que não pode ser negado pelo Estado. Se, ao fazê-lo, o Estado a bloqueia e impede, não está intervindo, no sentido de normar e regular, mas está dirigindo e, com isso, substituindo-se a ela na estrutura fundamental do mercado”.

A *autonomia privada* decorre do *princípio da livre iniciativa*, atribuindo aos particulares o direito à *liberdade contratual*, isto é, de livremente celebrar ou não um contrato (liberdade de celebração), bem como de eleger o tipo contratual mais adequado (liberdade de seleção do tipo contratual) e de preencher o seu conteúdo de acordo com os seus interesses (liberdade de fixação do conteúdo do contrato ou de estipulação).<sup>41</sup> Garante-se, por esse princípio, a liberdade de empresa, de investimento, de organização e de contratação<sup>42</sup>.

A *liberdade contratual*, que garante ao particular a faculdade de *contratar ou não contratar*, de escolher *como* e com *quem* estabelecer uma relação contratual e, por óbvio, de decidir qual o conteúdo dos contratos, decorre da *autonomia privada*.<sup>43</sup> TULLIO ROSEMBUJ<sup>44</sup> observa que a *liberdade da empresa* não se esgota no exercício da *liberdade contratual*, no exercício do *direito de propriedade* ou na atividade de produção de bens de terceiros no mercado livre: trata-se da garantia de se poder combinar fatores de produção e de utilizar de riqueza para produzir nova riqueza.

Já o *princípio da livre concorrência* pode ser compreendido como garantia de oportunidades iguais a todos os agentes do mercado, de tal forma que o particular possui a faculdade de conquistar a clientela por seus próprios méritos e na expectativa de que sejam premiados os eficientes e excluídos os ineficientes, embora seja vedada a detenção do mercado e a prática de concorrência desleal. A *livre concorrência* tem como pressuposto a *livre iniciativa* e induz à distribuição de recursos a preços mais baixos ao consumidor. Não se exige, contudo, identidade de condições entre os partícipes do mercado, que, respeitados os limites prescritos pelo Direito econômico, podem se valer de todas as suas forças para conquistar a clientela<sup>45</sup>.

Note-se que nenhuma dessas liberdades é absoluta. As *liberdades econômicas*, segundo EROS GRAU<sup>46</sup>, nem mesmo em sua formulação original (*Édito de Turgot, de 1776*) pretendiam a omissão total do Estado. Em trabalho publicado em 1969, LUIGI FERRI<sup>47</sup> já apontava que: “*El problema de la autonomia es ante de todo un problema de limites, y de limites que son siempre el reflejo de normas jurídicas, a falta de las cuales el mismo problema no podría siquiera plantearse a menos que se quiera identificar la autonomía con la libertad natural o moral del hombre*”.

O que se coloca em questão é a necessidade de *manifestação expressa e clara do legislador* para a restrição de tal liberdade ou, ao menos, a existência de razoabilidade na interpretação conduzida pela administração fiscal que conduza à tal restrição. Afinal, como ensina TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR<sup>48</sup>, a “*intervenção que possa afetar a liberdade deve, antes de tudo, estar pautada por regras claras e públicas, que permitam ao indivíduo planejar seu curso de vida, ciente das consequências jurídicas de seus atos*.” Resta evidenciado, então, que, a ausência de decisão clara do agente competente (Poder Legislativo) é realmente fator suficiente afastar restrição à liberdade de auto-organização consubstanciada na penalização de operações societárias intermediárias, como é o caso da constituição de empresas-veículo.

Por maior que seja o esforço dialético, uma investigação sistemática, com o cotejo analítico das aludidas normas constitucionais, torna evidente não ser razoável a interpretação que, à revelia de lei em sentido estrito nesse sentido,

conclua que as reorganizações societárias intermediárias ao encontro patrimonial da entidade investida com o investimento faz que pereça o direito à amortização de ágio por expectativa de rentabilidade futura legitimamente apurado.

Se há limites ao exercício da liberdade, também há limites à sua restrição, pois “a liberdade pode ser disciplinada, mas não pode ser eliminada”<sup>49</sup>. A exigência de congelamento completo da estrutura societária do grupo empresarial, sob pena de perda do direito à potencial amortização do ágio legitimamente apurado, sem dúvida consiste em uma liberdade de empresa, de investimento, de organização e de contratação.

Em linha com o quanto exposto acima, se uma liberdade econômica é bloqueada, ainda que por via obtusa, o Estado deixa de “normar e regular, mas está dirigindo e, com isso, substituindo-se a ela na estrutura fundamental do mercado”, o que é consentâneo com a Constituição. Ocorre que a liberdade de empresa, que pressupõe a livre contratação e auto-organização colocam em xeque a tese ora em análise, pela qual uma operação válida perante o Direito privado e que não traz qualquer “prejuízo” ao erário, seria sancionada com o perecimento do direito à amortização fiscal das despesas de ágio garantida pela Lei n. 9.532/97.

**Afinal, porque seria válida interpretação que conduz à manifesta desigualdade tributária, autorizando a amortização do ágio a algumas empresas, mas negando-a para outras?** O exemplo dos fundos de previdência é muito ilustrativo, pois geralmente há normas regulatórias que não permitem a absorção das empresas investidas ou, ainda, que sejam absorvidas por estas. Porque seria legítimo restringir o direito à livre iniciativa e de contratar de tais entidades, com a vedação à utilização de empresas veículo que pudesse adquirir o investimento e após realizar os procedimentos societários necessários à amortização do ágio? Ou, com olhos ao princípio da livre concorrência, porque tais fundos deveriam ser submetidos a condições desiguais, com o cerceamento de seu direito à amortização do ágio?

Tal consideração não se aplica apenas quando empresa adquirente do investimento seja um fundo de previdência, instituição bancária ou outras entidades com normas regulatórias próprias. A interpretação proposta pela PFN imputaria à mais comum das empresas desigualdade em relação a outras que se encontrem em situação semelhante, o que redundaria em inevitável vilipêndio do princípio da livre concorrência. Para que reste evidenciada a seriedade de tal constatação, suponha-se que três grupos empresariais do mesmo seguimento econômico concorram por uma mesma fatia do mercado e todos realizaram recentes aquisições de participação relevante em controladas e coligadas:

**“Empresa A”:** Nacional. Adquire os investimentos em outras pessoas jurídicas nacionais e posteriormente os incorpora;

**“Empresa B”:** Nacional. Por *motivos* gerenciais, decide constituir uma empresa veículo para a aquisição de investimento e a posterior incorporação da investida (ou ser incorporada por esta);

**“Empresa C”:** Estrangeira. Por *motivos* gerenciais e também para viabilizara

posterior amortização fiscal do ágio, decide constituir uma empresa veículo para a aquisição de investimento e a posterior incorporação da investida (ou ser incorporada por esta).

Se a interpretação sustentada pela PFN for levada a termo, apenas a “Empresa A” estaria livre para se valer da *opção fiscal* outorgada pela Lei n. 9.532/97 e amortizar o ágio à fração de 1/60 ao mês. Tanto a “Empresa B” quanto a empresa “C” seriam privadas da possibilidade de se valer da *economia de opção* em questão.

O tratamento desigual e o desequilíbrio concorrencial evidenciados nesse exemplo hipotético denunciam a desproporcionalidade e ausência de razoabilidade dessa interpretação que restringe direitos à revelia de lei que lhe dê suporte.

A desigualdade perpetrada por essa interpretação se mostra mais discriminatória, no exemplo acima, em relação à “Empresa C”. Tratando-se de empresa estrangeira, não se poderia cogitar que incorporasse diretamente a empresa brasileira investida ou, ainda, que fosse incorporada por esta. A isonomia entre esta empresa e as demais concorrentes de mercado apenas se verificaria se, por exemplo, a “Empresa C” constituísse uma pessoa jurídica no Brasil (empresa-veículo), na qual pudesse integralizar capital suficiente para a aquisição do investimento para, após, executar a fórmula prescrita pelo legislador.

A restrição ao direito do contribuinte à amortização de despesas com ágio, com a conseqüente ampliação da maior participação do Estado no patrimônio privado, encontra como obstáculo a liberdade de empresa, de investimento, de organização e de contratação, torna defesa à administração fiscal ingerências às lícitas decisões empresariais. Ausente lei em sentido estrito, sob pena de arbitrariedade, não pode a administração fiscal se opor às aludidas reorganizações societárias, especialmente quando tal ato conduza, por si só, à maior tributação do patrimônio privado.

#### **4.3.3. Propósitos negociais e extratributários nas operações fiscalizadas.**

A existência de propósitos unicamente fiscais como locomotiva para o exercício de liberdades econômicas tem polarizado a doutrina brasileira. De um lado, por exemplo, PAULO AYRES BARRETO<sup>50</sup>, leciona que o contribuinte possui o direito de gerir as suas atividades com o menor ônus fiscal possível, desde que aja de forma lícita, ou seja, sem a prática de atos qualificados como *ilícitos*, *simulados* ou *fraudulentos*. Para esse professor, atese que defende a desqualificação dos negócios realizados exclusivamente para a redução da carga tributária conduziria à obrigação de o contribuinte sempre ter de escolher a forma mais onerosa em termos fiscais para a sua atividade.<sup>51</sup> Em outra direção, por exemplo, MARCO AURÉLIO GRECO<sup>52</sup> sustenta que “a atitude do Fisco no sentido de desqualificar e requalificar os negócios privados somente poderá ocorrer se puder demonstrar de forma inequívoca que o ato foi abusivo porque sua única ou principal finalidade foi conduzir a um menor pagamento de imposto”.

No caso dos autos, a discussão ganha novas cores. Afinal, o legislador tributário prescreveu, por meio dos arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/97, uma *receita*

*operacional básica* que deve ser seguida pelo contribuinte, que exige basicamente que seja realizada operação de absorção patrimonial (incorporação, fusão ou cisão) por razões exclusivamente tributárias: a amortização do ágio.

Tratando-se de *opção fiscal* (ou *economia de opção*, conforme exposto adiante), o legislador abre caminhos diversos ao contribuinte, entre os quais este poderá escolher aquele que melhor lhe aprouver e assumidamente interessado na carga fiscal que lhe seja menos onerosa. Assim como uma pessoa física não precisa demonstrar por quais razões deseja adotar o modelo “simplificado” ou “completo” para sua DIRPF, a investidora e investida não precisam demonstrar quaisquer razões extratributárias para que procedam a absorção patrimonial necessária à operacionalizar a amortização fiscal do ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura.

Uma operação realizada por determinado partilhar, que trilhe um caminho aberto por lei que prescreve *opções fiscais*, encontra-se legitimada imediatamente pelo legislador ordinário. Nesse caso, é impróprio inquirir do particular qualquer outra justificativa, sob pena subjugar-se a competência do Poder Legislativo. Se o legislador outorgou uma *economia de opção* às empresas que adquiram investimento em controladas ou coligadas com ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura, prescrevendo uma *fórmula operacional básica* para a implementação dessa *opção fiscal*, então aqueles que estiverem dispostos a implementar uma incorporação, fusão ou cisão (absorção patrimonial) estarão suficientemente legitimados pelo agente competente (Poder Legislativo) a fazê-lo ainda que exclusivamente para a implementação dessa condição.

Se por qualquer *motivo* determinada empresa (investidora), que tenha adquirido investimento relevante em outra pessoa jurídica (investida) com sobrepreço fundado em expectativa de rentabilidade futura, **restar impossibilitada ou encontrar obstáculos para absorver o patrimônio da empresa investida (ou vice-versa)**, poderá, ainda que imbuída única e exclusivamente no propósito de se valer da *economia de opção* e aproveitar a amortização fiscal do ágio, realizar as reestruturações societárias necessárias para desobstruir o seu caminho. Se a constituição de uma outra subsidiária para lhe transferir o investimento for a solução, a operação estará suficientemente justificada pelo propósito de viabilizar a *fórmula operacional básica* prescrita pelos arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97, não lhe sendo exigida a demonstração de qualquer outro propósito extratributário. Não há, nessa hipótese, qualquer óbice no Direito privado ou no Direito tributária para a realização da referida reestruturação societária e transferência do investimento com ágio.

De fato, o legislador tributário estabeleceu uma *fórmula operacional básica* para que fossem emparelhados o ágio escriturado pela investidora com os efetivos lucros gerados pela empresa investida, cuja expectativa tenha dado causa ao ágio apurado quando de sua aquisição. O propósito da realização das operações de absorção patrimonial é justamente cumprir com a necessidade técnica do emparelhamento de receitas e despesas observada pelo legislador para possibilitar a amortização do ágio.

Nesse cenário, por ser impróprio inquirir do particular propósitos extratributários para a implementação de opção fiscal prescrita pelo legislador

competente, o chamado “propósito comercial” nas operações para a implementação da *fórmula operacional básica* prescrita nos arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/97 é indiferente e não interfere na legitimidade da amortização fiscal do ágio.

Em síntese, parece-me mais harmônico com a fórmula tributária do aproveitamento fiscal do ágio introduzida pela Lei nº 9.532/97 como forma de regradar de maneira clara o tratamento do ágio e, assim, conferir segurança jurídica para fomento das desestatizações e operações de M&A, interpretá-la como mecanismo para permitir o confronto de despesas com receitas na apuração do resultado a partir da confusão patrimonial entre investidora e investida<sup>3</sup> (ou suas respectivas sucessoras), atendendo ao *matching principle* e superando os efeitos da ausência, no sistema brasileiro, da apuração consolidada dos balanços das empresas subsidiárias e sua respectiva controladora (*push down accounting*).

Não me parece ter sido a intenção manifesta no texto legal (artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97), que criou economia de opção sem demandar (nem mesmo com as alterações promovidas pela Lei nº 12.973/2014) o respeito aos critérios construídos pela fiscalização no caso sob exame, o enfrentamento do maior número possível de entraves burocrático-regulatórios para o aproveitamento fiscal do ágio. A legislação apenas exigiu a união *não simulada* da investida e da investidora (ou as sucessoras de seus acervos) *em que registrado o ágio originado em legítima operação a mercado*, para que se emparelhem a despesa incorrida (o ágio, o valor pago pela expectativa de rentabilidade futura) e a própria rentabilidade futura pela qual se pagou o sobrepreço.

Penso que a vertente defendida pela autuação esbarra na livre iniciativa<sup>4</sup> da qual decorre o direito de reorganização dos grupos empresariais, objeto de fomento também pela lei societária (art. 2º par. 3º da Lei nº 6.404/76), que faz menção específica à legitimidade da constituição de *holding companies* inclusive com o objetivo de buscar incentivos fiscais (caso se entenda tratar a dedução do ágio de incentivo fiscal, aspecto não pacificado na Doutrina).

Esse é o arcabouço teórico a partir do qual procederei à análise dos ágios em questão. E como *a autuação não imputou à Recorrente a prática de simulação* (não há tal acusação seja no TVI, seja nos autos de infração), será suficiente à análise verificar se os elementos apontados pela autoridade autuante permitem a glosa das despesas com ágio à luz dos conceitos acima expostos.

#### 4.1 ÁGIO PURUS — ETAPAS "VI, VII E X" DAS OPERAÇÕES DESCRITAS NO ITEM 3

<sup>3</sup> AMARO, Luciano. Amortização fiscal do ágio por rentabilidade futura, in Direito, Economia e Política: Ives Gandra, 80 anos do humanista. São Paulo : Ed. IASP, 2015, p. 719.

<sup>4</sup> Constituição Federal, Art. 170.

No entendimento fiscal e da DRJ, o ágio amortizado no presente caso somente seria dedutível se a Purus incorporasse a CRH, caso contrário os requisitos do art. 386 do RIR/99 não estariam sendo respeitados, pois, no seu entender, a incorporação da Purus pela Magnesita Refratários extinguiria o ágio contabilizado na Purus pela aquisição de 54,41% da CRH já que o art. 366 do RIR/99 seria aplicável apenas na absorção patrimonial ocorrida diretamente entre as duas pessoas jurídicas envolvidas no ato que deu origem ao ágio, ou seja, apenas seria dedutível o ágio se a Purus incorporasse a CRH. A autuação, portanto, parte da premissa da impossibilidade de “transferência do ágio” nos movimentos societários intra grupo. Vejamos:

“Ao incorporar o acervo líquido da Purus pelos valores contábeis, a Magnesita nada mais fez do que registrar em seu ativo o acervo líquido da Purus que nada mais era do que o investimento em CRH com ágio, vale dizer, o eventual direito ao benefício fiscal da amortização do ágio caberia à Purus caso essa incorporasse a CRH, fato que não se consumou. Muito pelo contrário, ao incorporar a Purus e por esta extinguir-se de pleno direito, este eventual benefício fiscal tornou-se fática e juridicamente impossível, pois a empresa (Purus) já não mais existia e, conforme o Artigo 386 do RIR/99, o direito caberia eventualmente à empresa que absorvesse patrimônio de outra em virtude de incorporação na qual detivesse participação societária adquirida com ágio, ou seja, o direito poderia pertencer à Purus caso esta incorporasse a CRH, pois era a Purus quem detinha participação societária adquirida com ágio na CRH. A hipótese legal do Artigo 386 do RIR/99 não se aplica para a Magnesita Refratários, pois os 54,41% da CRH não foram por ela adquiridos com ágio, mas sim por Purus. A Magnesita apenas incorporou ao seu patrimônio um investimento que, anteriormente, tinha sido adquirido por Purus com ágio. Assim dispõe o Artigo 386, caput do RIR/99: (...)”

A Recorrente, por sua vez, defende inexistir a vedação suscitada pela autuação, entendendo que o ágio acompanha o investimento a ele subjacente, não sendo extinto caso a adquirente original, que registra o ágio, seja incorporada.

Estabelecemos acima a premissa conceitual pela qual a fórmula operacional básica exigida para admitir-se a amortização fiscal do ágio considera irrelevante a adoção de estruturas intermediárias que acabem por “transferir” o ágio e prescinde da demonstração de que haveria algum propósito negocial específico adicional à viabilização da operação de maneira a permitir a dedução do ágio legitimamente gerado e amparado em laudo cuja idoneidade não se questionou.

Não há na legislação sinal algum que possa levar à visão defendida pela autuação de que a incorporação da investidora direta original — a Purus — pudesse levar à extinção de pleno direito do ágio nela registrado. Tal visão provocaria não só o absoluto engessamento das reorganizações societárias enquanto remanescesse ágio a ser amortizado, como também estabelece requisito novo à dedução do ágio, sem amparo legal.

Também firmamos a premissa de que o lapso temporal durante o qual ocorreram os movimentos societários e a duração efêmera das empresas intermediárias é igualmente irrelevante à dedutibilidade do ágio.

Tais elementos também suscitados pela autuação poderiam servir de “pista” para a identificação de eventual simulação, mas que não se identifica nos autos e *nem mesmo poderia*

*ser causa para manutenção da autuação, sob pena de afronta ao art. 146 do CTN, já que a autuação não foi calcada na alegação de simulação.*

A autoridade autuante considerou, ainda, que quando a REARDEN 2 transferiu o investimento que detinha na CRH para a Purus com ágio, na realidade constituiu um *ágio interno*.

Divergimos desta premissa em termos. De fato o ágio foi registrado por ocasião de operação societária passada entre empresas dependentes (a CRH e a Purus), entretanto, não só à época não vigia a limitação imposta pelo art. 22 *caput* da lei nº 12.973/2014, como o ágio em questão, ainda que contabilizado temporalmente em virtude de operação entre partes dependentes, na realidade foi mero reflexo da negociação entabulada por partes independentes, pela qual a Magnesita adquiriria os 54% restantes da CRH, com ágio, mediante a aquisição de 100% da Purus. Tratou-se, portanto, de ágio registrado como decorrência *da aquisição de participação societária entre partes não dependentes*.

Já ao tratar da incorporação da CRH pela EDRJ91, posteriormente incorporada pela Recorrente, a autoridade autuante assevera que a Recorrente:

“tenta emplacar a tese de que não é preciso incorporar diretamente a empresa na qual detinha participação societária adquirida com ágio, mas sim uma outra, que por sua vez, teria anteriormente incorporado aquela na qual a fiscalizada detinha participação societária adquirida com ágio”

Transferido o ágio contabilizado na Purus para a Recorrente (após a incorporação daquela por esta), a Recorrente poderia agora incorporar a CRH e, a partir daí, deduzir fiscalmente o ágio. Em vez de incorporar a CRH diretamente, contudo, optou-se por incorporar a CRH em uma empresa brasileira, a EDRJ91. Assim, a CRH adquire a pessoa jurídica domiciliada no Brasil EDRJ91 Participações Ltda (EDRJ91), por meio da integralização de 100% das ações da LIC, pelo seu valor contábil para, ato contínuo, a EDRJ91 incorporar a CRH e a Recorrente incorporar a EDRJ91.

Veja-se que a Recorrente poderia incorporar a CRH diretamente, mas optou por implementar essa movimentação societária por meio da EDRJ91, opção que não gerou ágio novo nem alterou o fato de que, ao fim e ao cabo, uniram-se “real investidora” (a Magnesita Refratários), e a investida adquirida com ágio (a CRH).

Novamente, aplica-se o mesmo racional que estabelecemos acima quanto à incorporação da Purus pela Recorrente, qual seja, o de que a incorporação por empresa intermediária não extingue de pleno direito o ágio, mas transfere-o à incorporadora, sua legítima sucessora *em todos os direitos e obrigações*, conforme redação do art. 227 da Lei nº 6.404/76<sup>5</sup>.

Pelo exposto, dou provimento ao Recurso neste ponto.

---

<sup>5</sup> Art. 227. A incorporação é a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações.

#### 4.2 CUSTOS COM A TRANSAÇÃO

**A Recorrente esclarece que registrou em seu Ativo Permanente os custos relacionados à aquisição de participação acionária na CRH que totalizam R\$ 38,202 milhões.**

Assevera que estes custos que foram ativados como ágio, por sua vez, poderiam ser lançados diretamente no resultado como despesa, caso a Magnesita acreditasse que a operação não teria rentabilidade futura.

Ressalvo, contudo, que as alegadas despesas com as operações não se confundem com o preço pago pelas participações societárias, de modo que não podem, de pronto, integrar o eventual ágio apurado, que se fundamenta não nos custos com a operação, mas na rentabilidade futura esperada com a participação adquirida.

Deste modo, qualquer outro valor que superasse tal montante, a exemplo das referidas despesas, não seriam passíveis de amortização a tal título.

E neste momento processual, não se pode admitir a reclassificação pretendida pela Recorrente ao sustentar que os valores deduzidos como ágio poderiam ser aceitos como despesas dedutíveis na apuração do lucro real. Isso porque não há nos autos prova dos requisitos de dedutibilidade de tais despesas sob a nova categoria defendida pelo contribuinte.

Por isso, nego provimento ao Recurso quanto a tal tópico.

#### 4.3 ÁGIO NA AQUISIÇÃO DIRETA DA CRH — ETAPAS "V, VIII, IX E X" DAS OPERAÇÕES DESCRITAS NO ITEM 3

Na mesma esteira do que se apurou no item 4.1, deve-se analisar a acusação de ilegalidade na amortização do ágio oriundo da incorporação da EDRJ91 pela Recorrente em razão do preço por ela pago em dinheiro quando do aumento de capital da CRH.

As acusações fiscais não diferem essencialmente das tratadas no item 4.1, com a distinção de que, aqui, o ágio foi diretamente contabilizado pela Recorrente, que pagou pelas ações da CRH em dinheiro.

O final do périplo societário é também similar, pois a CRH foi incorporada no capital da EDRJ91 (empresa brasileira), que incorporou a CRH, e, posteriormente, a EDRJ91 é que foi incorporada pela Recorrente.

A autuação alega que a Recorrente “**nunca incorporou a CRH, empresa na qual detinha participação societária adquirida com ágio. A CRH, como se verá mais adiante, foi incorporada por EDRJ91 e a partir deste momento a CRH extingue-se de pleno direito, assim como qualquer eventual direito de amortização do ágio registrado pela fiscalizada na**

**aquisição da participação societária em CRH**, pois este direito somente poderia surgir caso a própria fiscalizada incorporasse a CRH, fato que nunca ocorreu.”

Novamente, entendo que a autuação não encontra amparo legal, conforme já expusemos no item 4.1, ressaltando que houve ao fim e ao cabo a união entre a “real investidora” (Magnesita) e a investida (CRH), ainda que para viabilizar tal operação tenha-se valido de empresas intermediárias cuja criação pode ter sido motivada por variadas causas (como a alegada complexidade da legislação alemã, fato público e notório a quem em algum momento se debruçou sobre as operações transnacionais com tal país).

De todo modo, a fundamentação para a criação das estruturas intermediárias em questão é irrelevante, notadamente quando se verifica que, ao fim e ao cabo, a Recorrente (“real adquirente”) une-se à CRH (investida), ainda que para tal movimento a CRH tenha sido antes incorporada na empresa intermediária EDRJ91, sem que tal operação tivesse dado origem a ágio novo.

Neste ponto da acusação fiscal, surge a alegação no TVI de que:

“mesmo que a fiscalizada tivesse incorporado a CRH diretamente, os artigos 146 e 147 retro transcritos demonstram que o nosso ordenamento não permite a dedutibilidade de despesas com amortização do ágio quando o investimento é realizado em sociedades estrangeiras, pois o benefício fiscal não as alcança e a CRH é uma sociedade estrangeira situada em paraíso fiscal.”

A Autoridade Fiscal, portanto, também assevera que a legislação restringe a aplicação dos dispositivos que permitem a amortização fiscal do ágio estritamente às operações de incorporação entre empresas brasileiras.

A meu ver, contudo, os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, não estabelecem qualquer limitação no sentido de que somente seria aplicável às participações societárias em pessoas jurídicas domiciliadas no Brasil e, contrariamente ao que se assevera, o termo “pessoa jurídica” não é restrito às entidades domiciliadas no Brasil.

É o que se extrai desde o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), cujo art. 52 trata de “*pessoas físicas ou jurídicas residentes ou domiciliadas no exterior*”. Nessa mesma toada, a IN 1.005 de 2010, ao tratar dos atos cadastrais perante o CNPJ refere-se à pessoa jurídica domiciliada no exterior (art. 9º, I), assegurando que o conceito não é restrito às domiciliadas no Brasil, inclusive para fins fiscais.

Os arts 146 e 147 do RIR/99, por sua vez, não restringem o conceito de pessoa jurídica às domiciliadas em solo pátrio, mas apenas criam restrição conceitual para definir os sujeitos passivos do IRPJ brasileiro.

Portanto, não vislumbro a restrição elencada a título subsidiário pela autoridade autuante.

Por fim, recobramos aqui o que já asseveramos ao tratar das premissas básicas da análise, que o lapso temporal durante o qual ocorreram os movimentos societários e a duração efêmera das empresas intermediárias é igualmente irrelevante à dedutibilidade do ágio, desde

que não revelem simulação, que sequer foi eleita como causa para a autuação nos presentes autos.

Pelo exposto, dou provimento ao Recurso neste ponto.

#### 4.4 ÁGIO MUKDEN — ETAPAS "VII E X" DAS OPERAÇÕES DESCRITAS

A fiscalização e a DRJ entenderam haver duplicidade entre o ágio gerado na Purus e o ágio contabilizado pela Mukden (fl. 60 do TVI e 105 do acórdão recorrido) em virtude das ações correspondentes a 10,97% da Magnesita.

O Recorrente, ao seu turno, alega que com a incorporação da Purus pela Recorrente, a Mukden (controladora da Purus), adquiriu (recebendo em pagamento pelas ações da Purus) 10,97% das ações da Magnesita, com ágio de 261.392.000,00 correspondente à diferença entre o PL da Recorrente transferido à Mukden face ao PL da Purus.

Ou seja, alega que não haveria duplicidade porque o ágio registrado pela Purus foi auferido com base na aquisição de participação societária na CRH, integralizada pela Rearden 2, enquanto o ágio registrado pela Mukden refere-se à aquisição de ações da própria Recorrente pela Mukden, controlada pela Rearden 2 (empresa estrangeira).

Assim, defende a dedutibilidade do ágio registrado na Mukden quando da aquisição das ações da Recorrente, já que com a operação a Mukden passaria a ser sócia direta da Magnesita e registrar ágio em virtude dessa troca de ações.

A meu ver, a ausência de duplicidade do ágio é clarividente. O ágio amortizado pela Recorrente em virtude da incorporação reversa da Mukden pela Magnesita (art. 8º, “b” da Lei nº 9.532/97) tem origem na operação de aquisição com pagamento em ações, pela qual a Magnesita (Recorrente), adquiriu as ações da Purus pagando à Mukden com 10,97% de suas próprias ações. Neste “pagamento”, a Mukden apurou ágio correspondente à diferença entre o PL da Purus, superior ao PL da Magnesita (logo, a Mukden recebeu as ações da Magnesita com ágio).

Procedentes, portanto, as alegações da Recorrente.

A Fiscalização ainda alegou que a real adquirente que suportou o ágio escriturado na Mukden seria empresa estrangeira, razão pela qual o ágio era indedutível.

A tal assertiva, a Recorrente defende que a causa apontada para manutenção da glosa de despesas com ágio não só careceria de fundamento legal, como que o registro do ágio ocorreu em uma empresa brasileira (Mukden), em decorrência da incorporação de outra empresa brasileira (Purus) e aquisição de ações da empresa incorporadora (Magnesita).

Conforme esclarecemos acima, o conceito de “real adquirente” como ferramenta para a glosa de despesas com ágio legitimamente originado não encontra amparo no Direito Brasileiro. Assim, ainda que se considerasse ser a Mukden empresa veículo constituída para concentrar a participação da Rearden 2 na Magnesita permitindo a incorporação com a subsequente dedução do ágio, a operação seria legítima.

A adoção de empresas intermediárias como meio de viabilizar as operações societárias almejadas não encontra vedação no Direito Brasileiro, ainda que a sua constituição no Brasil se dê por empresa estrangeira para centralizar (de maneira temporária ou perene) os investimentos adquiridos no Brasil.

Ademais, os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997 não estabelecem qualquer limitação no sentido somente serem aplicáveis às participações societárias detidas por pessoas jurídicas domiciliadas no Brasil, e o termo “pessoa jurídica” não é restrito às entidades domiciliadas no Brasil.

Nesse sentido caminhou o acórdão 1402-00.802, ao julgar o Caso Santander, cuja *ratio decidendi* entendo transponível ao caso em questão, embora lá se tratasse de aquisição ocorrida no contexto de leilão voltado à desestatização, regido pela mesma norma de dedutibilidade fiscal do ágio sob comento.

#### “AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO EFETIVAMENTE PAGO NA AQUISIÇÃO SOCIETÁRIA. PREMISSAS.

As premissas básicas para amortização de ágio, com fulcro nos art. 7o., inciso III, e 8o. da Lei 9.532 de 1997, são: i) o efetivo pagamento do custo total de aquisição, inclusive o ágio; ii) a realização das operações originais entre partes não ligadas; iii) seja demonstrada a lisura na avaliação da empresa adquirida, bem como a expectativa de rentabilidade futura. Nesse contexto não há espaço para a dedutibilidade do chamado “ágio de si mesmo”, cuja amortização é vedada para fins fiscais, sendo que no caso em questão essa prática não ocorreu.

#### INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADE AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO ARTIGOS 7º E 8º DA LEI Nº 9.532/97. PLANEJAMENTO FISCAL INOPONÍVEL AO FISCO - INOCORRÊNCIA.

No contexto do programa de privatização das empresas de telecomunicações, regido pelas Leis 9.472/97 e 9.494/97, e pelo Decreto nº 2.546/97, 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. Preliminar de Preclusão Rejeitada. Preliminar de Decadência Acolhida. Recurso Provido no Mérito. (g.n.)

Pelo exposto, dou provimento ao Recurso neste ponto.

#### 4.5 SÍNTESE CONCLUSIVA

Em apertadíssima síntese conclusiva, não vislumbro das operações tais como entabuladas qualquer prejuízo ao Fisco, no sentido de que os aspectos da operação que deram causa à glosa não ocasionaram ágio novo, tratando-se de operações neutras.

A adoção da interpretação proposta pela autuação, na realidade, estabeleceria amplo cenário de desigualdade ao autorizar a amortização do ágio parcela específica e restrita das empresas, mas negando a outras potencialmente concorrentes sem previsão legal que amparasse a discriminação, como bem exemplificou o Conselheiro Luiz Flávio Neto no seguinte excerto de seu voto já acima transcrito:

**“Afinal, porque seria válida interpretação que conduz à manifesta desigualdade tributária, autorizando a amortização do ágio a algumas empresas, mas negando-a para outras? O exemplo dos fundos de previdência é muito ilustrativo, pois geralmente há normas regulatórias que não permitem a absorção das empresas investidas ou, ainda, que sejam absorvidas por estas. Porque seria legítimo restringir o direito à livre iniciativa e de contratar de tais entidades, com a vedação à utilização de empresas veículo que pudesse adquirir o investimento e após realizar os procedimentos societários necessários à amortização do ágio? Ou, com olhos ao princípio da livre concorrência, porque tais fundos deveriam ser submetidos a condições desiguais, com o cerceamento de seu direito à amortização do ágio?**

(...)

suponha-se que três grupos empresariais do mesmo seguimento econômico concorram por uma mesma fatia do mercado e todos realizaram recentes aquisições de participação relevante em controladas e coligadas:

**“Empresa A”:** Nacional. Adquire os investimentos em outras pessoas jurídicas nacionais e posteriormente os incorpora;

**“Empresa B”:** Nacional. Por *motivos* gerenciais, decide constituir uma empresa veículo para a aquisição de investimento e a posterior incorporação da investida (ou ser incorporada por esta);

**“Empresa C”:** Estrangeira. Por *motivos* gerenciais e também para viabilizara posterior amortização fiscal do ágio, decide constituir uma empresa veículo para a aquisição de investimento e a posterior incorporação da investida (ou ser incorporada por esta).

Se a interpretação sustentada pela PFN for levada a termo, apenas a “Empresa A” estaria livre para se valer da *opção fiscal* outorgada pela Lei n. 9.532/97 e amortizar o ágio à fração de 1/60 ao mês. Tanto a “Empresa B” quanto a empresa “C” seriam privadas da possibilidade de se valer da *economia de opção* em questão.”

## 5 DEMONSTRAÇÃO DA NECESSIDADE DAS SUPOSTAS "EMPRESAS VEÍCULO"

A autoridade fiscal entendeu que as empresas Mukden Participações Ltda. ("Mukden"), Purus Participações Ltda. ("Purus"), Caribbean Refractories Holdings Ltda. ("CRH"), LWB Island Company Ltda. ("LIC") e a EDRJ91 Participações Ltda. Seriam "empresas veículo", sem propósito negocial.

Já a Recorrente alega que tais empresas possuiriam papéis específicos no negócio em questão. Vejamos os papéis defendidos pela Recorrente:

(i) **Mukden:** uma empresa holding que foi estabelecida com a finalidade de centralizar o investimento realizado pelo Grupo Rhône na Magnesita. Foi a Mukden que recebeu os 10,97% de ações da Magnesita como pagamento pela aquisição da Rearden, sem a necessidade de abertura do direito de preferência aos minoritários e viabilizando a negociação.

(ii) **Purus:** criada com o objetivo de receber da "Rearden 2" 54,41% da participação societária da CRH, para posterior incorporação pela Recorrente. Com a incorporação, foi transferido à Mukden, sua controladora, 10,97% das ações da Recorrente.

(iii) **CRH:** uma *holding* formada para receber o pagamento feito em dinheiro pela Recorrente. Este pagamento foi depositado em uma conta de garantia (conta *escrow*) e só foi transferido aos vendedores quando com a incorporação da Purus pela Recorrente e a finalização da aquisição.

(iv) **LIC:** sua constituição teve o objetivo primordial de receber participações societárias adquiridas pela Magnesita, em total conformidade com seu objeto social. Esta empresa passou a exercer o objeto exclusivo de participação societária, evitando a contaminação de suas atividades com o exercício de outras operações.

(v) **EDRJ91:** constituída para incorporar a CRH em uma empresa nacional, antes da incorporação final pela própria Recorrente. Esta empresa não representou qualquer geração de novos direitos ou obrigações, sendo neutra para fins fiscais.

A autoridade autuante ainda defende que as empresas envolvidas nas operações: (i) não teriam empregados; (ii) não teriam receita bruta e (iii) não teriam capital social elevado, antes de receberem as participações societárias.

Já a Recorrente alega que estes elementos não possuiriam relevância para a determinação da validade das empresas em questão, dado que suas naturezas são de empresas *holdings*, cujo propósito negocial típico é justamente a detenção de participações societárias, e cuja efetiva existência deve ser avaliada no contexto do grupo econômico do qual faz parte.

Alega ainda que a licitude de tal objeto social é expressamente prevista no artigo 2º, §3º, da Lei das S. A. que expressamente elenca como objetivo lícito sua constituição **para beneficiar-se de incentivos fiscais**. O que importaria, segundo o Recorrente, é a ausência de confusão patrimonial, de maneira que mantenham patrimônio e contabilidade distintos, sem o compartilhamento deliberado de resultados.

A recorrente alega atendimento dos requisitos previstos em Lei e afirma que o Laudo que apurou o ágio por expectativa de rentabilidade futura não teria sido questionado pela autoridade fiscal.

Esclarece, também, que os julgados do CARF sobre o mesmo ágio não eram definitivos, aguardando julgamento de Recurso Especial.

Entendo tratar-se de ponto cuja análise restou prejudicada face à fundamentação de meu voto, mas que deverão ser analisadas por eventual corrente divergente.

## 6 TEORIA DO PROPÓSITO NEGOCIAL

### 6.1 MOTIVO, FINALIDADE E CONGRUÊNCIA DO NEGÓCIO JURÍDICO

Neste tópico de seu Recurso, o Recorrente reconhece que parte da Doutrina defende a teoria do propósito negocial para limitar planejamento, sendo baluarte dessa vertente o Prof. Marco Aurélio Greco.

Abordando o primeiro dos limites positivos de Marco Aurélio Greco: motivo, finalidade, e congruência do negócio jurídico, alegou que se encontrariam presentes em seu caso.

Novamente, a análise deste ponto restou prejudicada face à fundamentação e vertente encampada por meu voto.

### 6.2 COERÊNCIA COM O PLANEJAMENTO ESTRATÉGICO DO EMPREENDIMENTO ECONÔMICO

Outro dos limites doutrinários sobre o planejamento tributário suscitado pela Recorrente, seria a verificação da coerência entre o motivo e a finalidade dos atos tais como praticados, para se averiguar se estaria coerentemente inserida no planejamento estratégico do empreendimento econômico.

Menciona, contudo que tal limite, segundo o próprio Marco Aurélio Greco, “*não se encontra consolidado na experiência brasileira*”. De toda forma, defende o Recorrente que as operações encontram-se insertas no planejamento estratégico da Recorrente, de expansão de suas atividades e assunção da liderança no mercado de refratários, conforme exposto ao longo da defesa.

Pelas mesmas razões expostas acima, a análise deste ponto restou prejudicada face à fundamentação e vertente encampada por meu voto.

## **7 ADIÇÃO À BASE DE CÁLCULO DA CSLL DAS DESPESAS SUPOSTAMENTE NÃO DEDUTÍVEIS DA BASE DE CÁLCULO DO IRPJ**

A Recorrente alega ainda, subsidiariamente, que hipótese de esta E. Turma Julgadora não entender pelo cancelamento integral do lançamento fiscal, deveria ser, ao menos, reconhecida a improcedência do auto de infração de CSLL, já que não haveria que se falar em adição à base de cálculo da CSLL das despesas consideradas indedutíveis (também mas não só a título de ágio), por ausência de previsão legal.

A Recorrente defende a tese de que o legislador teria determinado a base de cálculo da CSLL de forma exaustiva, fixando todos os ajustes aplicáveis (artigo 20 e parágrafos, da Lei nº 7.689/88) sem arrolar como hipótese de adição ao lucro líquido o valor correspondente as despesas questionadas (despesas com a operação societária) e amortização do ágio.

Menciona, como reforço argumentativo, o teor do Acórdão 9101-002.310, de 2016, cuja ementa a seguir transcrevo:

Assunto: Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL

Ano-calendário: 2004, 2005, 2006, 2007

### **CSLL. BASE DE CÁLCULO E LIMITES À DEDUTIBILIDADE.**

A amortização contábil do ágio impacta (reduz) o lucro líquido do exercício. Havendo determinação legal expressa para que ela não seja computada na determinação do lucro real, o respectivo valor deve ser adicionado no LALUR, aumentando, portanto, a base tributável. Não há, porém, previsão no mesmo sentido, no que se refere à base de cálculo da Contribuição Social, o que, a nosso sentir, torna insubsistente a adição feita de ofício pela autoridade lançadora.

**AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. ADIÇÃO À BASE DE CÁLCULO. INAPLICABILIDADE DO ART. 57, LEI N 8.981/1995.**  
Inexiste previsão legal para que se exija a adição à base de cálculo da CSLL da amortização do ágio pago na aquisição de investimento avaliado pela

equivalência patrimonial. Inaplicabilidade, ao caso, do art. 57 da Lei n 8.981/1995, posto que tal dispositivo não determina que haja identidade com a base de cálculo do IRPJ.

IRPJ. CSLL. BASES DE CÁLCULO. IDENTIDADE. INOCORRÊNCIA. A aplicação, à Contribuição Social sobre o Lucro, das mesmas normas de apuração e pagamento estabelecidas para o imposto de renda das pessoas jurídicas, por expressa disposição legal, não alcança a sua base de cálculo. Assim, em determinadas circunstâncias, para que se possa considerar indedutível um dispêndio na apuração da base de cálculo da contribuição, não é suficiente a simples argumentação de que ele, o dispêndio, é indedutível na determinação do lucro real, sendo necessária, no caso, disposição de lei nesse sentido.

Argui, ainda, que a Autoridade Fiscal não teria mencionado qualquer disposição legal específica que justificasse a adição das despesas com ágio na apuração da base de cálculo da CSLL.

A esse respeito, o Acórdão Recorrido encampou as razões de decidir do Acórdão n.º 1402-003.736 do CARF, de 2019, de relatoria do Conselheiro Paulo Mateus Ciccone. O caso foi decidido *por voto de qualidade*.

No voto, o Relator defende que os parágrafos do art. 2º da Lei n.º 7.689/88 fixariam **(que também nos autos de infração ora sob questão constaram como fundamentação legal da adição do ágio deduzido à base de cálculo da CSLL)**, para a determinação da base de cálculo da CSLL, a adição do resultado negativo e a exclusão do resultado positivo decorrentes da avaliação de investimentos pelo MEP, o que impediria em absoluto a dedução do ágio na apuração da base de cálculo da CSLL. Vejamos:

*"Bate-se a recorrente contra os lançamentos envolvendo a CSLL (RV – fls. 680/683), assentando, basicamente, inexistência de previsão legal para sua adição à base de cálculo da contribuição.*

*Data vênia aos bem articulados argumentos da defesa, simplesmente não vejo como prosperar a alegação de que inexistente previsão legal que determine a adição, à base de cálculo da CSLL, de despesas de amortização de ágio que sejam indedutíveis para fins de apuração do lucro real.*

*Os §§ do art. 2º da Lei n.º 7.689/88, que constam como fundamento legal do lançamento, trazem explicitamente um impedimento para essa dedução:*

*‘Art. 2º A base de cálculo da contribuição é o valor do resultado do exercício, antes da provisão para o imposto de renda.*

*§1º Para efeito do disposto neste artigo:*

*a) será considerado o resultado do período base encerrado em 31 de dezembro de cada ano;*

*b) no caso de incorporação, fusão, cisão ou encerramento de atividades, a base de cálculo é o resultado apurado no respectivo balanço;*

*c) o resultado do período-base, apurado com observância da legislação comercial, será ajustado pela: (Redação dada pela Lei n.º 8.034, de 1990)*

*1 - adição do resultado negativo da avaliação de investimentos pelo valor de patrimônio líquido; (Redação dada pela Lei n.º 8.034, de 1990)  
(...)*

*4 - exclusão do resultado positivo da avaliação de investimentos pelo valor de patrimônio líquido; (Redação dada pela Lei n.º 8.034, de 1990)'*

*Observe-se, o artigo determina adição do resultado negativo e exclusão do resultado positivo decorrentes da avaliação de investimentos pelo MEP, cenário perspicazmente delineado pelo voto do Conselheiro Alberto Pinto Souza Junior, que aqui acolho e adoto como razões de decidir (Ac. n.º 1302001.170, de 11/09/2013):*

*Diz o I. Conselheiro:*

*'Entendo que a despesa de amortização do ágio é despesa indedutível na apuração da base de cálculo da CSSL, por força dos itens 1 e 4 do dispositivo acima transcrito, os quais deixam claro a finalidade da norma de tornar o MEP neutro na apuração da CSLL. A avaliação do investimento pelo MEP influencia o cálculo da CSLL em caso de alienação ou liquidação do investimento, já que esse seria o valor contábil do investimento a ser considerado.*

*Além disso, se assim não fosse, *contrario sensu*, a receita decorrente da amortização do deságio seria tributada, o que não me parece razoável, mas seria inevitável chegar a tal conclusão caso se entenda dedutível a despesa de amortização do ágio.*

*Note-se que, se o ágio compõe o valor contábil do investimento e o MEP é apenas um método de avaliação do investimento, logo, é lógico que a amortização que reduz o ágio/deságio compõe "*lato sensu*" o resultado da avaliação do investimento pelo MEP, o qual seja positivo ou negativo não deve impactar a base da CSLL, como dispõe expressamente o dispositivo legal acima (itens 1 e 4 da alínea "c" do §1º do art.2º da Lei 7.689/88)'*

*Consequência lógica e imediata: se o ágio compõe o valor contábil do investimento e o MEP é apenas um método de avaliação do investimento; logo, é certo que a amortização que reduz o ágio/deságio compõe "*lato**

*sensu” o resultado da avaliação do investimento pelo MEP, o qual, seja positivo ou negativo, não deve impactar a base da CSLL, conforme os itens 1 e 4 da alínea “c” do § 1º do art. 2º da Lei 7.689/1988.*

*Adicionalmente, não se olvide, a CSLL tem como base de cálculo o lucro líquido do período com os ajustes determinados na respectiva legislação, conforme dicção dos artigos 248 e 277, RIR/1999:*

*‘Art. 248. O lucro líquido do período de apuração é a soma algébrica do lucro operacional, dos resultados não operacionais, e das participações, e deverá ser determinado com observância dos preceitos da lei comercial (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 6º, § 1º, Lei nº 7.450, de 1985, art. 18, e Lei nº 9.249, de 1995, art. 4º).’*

*‘Art. 277. Será classificado como lucro operacional o resultado das atividades, principais ou acessórias, que constituam objeto da pessoa jurídica (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 11).’*

*De outro giro, também pacífico, o lucro operacional resulta do confronto das receitas operacionais com as despesas operacionais (artigo 299, RIR/1999).*

*Da interpretação sistemática destes dispositivos, extrai-se que somente poderão reduzir o lucro líquido as despesas operacionais que preencham os requisitos previstos no artigo 299, acima transcrito, quais sejam, as despesas necessárias, de forma que, dispêndios que violem as regras de dedutibilidade do IRPJ, não podem reduzir o lucro líquido que é, também, a base de cálculo da CSLL, com os ajustes previstos na sua legislação específica.*

*Como ato final, dispêndios glosados afetam o próprio resultado do exercício, diga-se, a própria base de cálculo da Contribuição Social, como definida no art. 2º da Lei 7.689, de 1988, com as alterações do art. 2º da Lei 8.034, de 1990.*

*Mais a mais, o art. 13, da Lei nº 9.249/95, quando trata das despesas indedutíveis das bases de cálculo de IRPJ e de CSLL, é taxativo ao dispor que tais vedações de dedutibilidade se aplicam independentemente do disposto no art. 47 da Lei nº 4.502/64, justamente a base legal do art. 299 do RIR/99.”(grifou-se)”*

Ficou claro acima, que os parágrafos do art. 2º da Lei nº 7.689/88, a partir de cuja interpretação se alega poder extrair a indedutibilidade do ágio para fins de apuração da base de cálculo da CSLL foram também elencados como fundamento legal do auto de infração relativo à CSLL, como se verifica à fl. 40. Fica portanto afastado o argumento de que a Autoridade Fiscal não teria mencionado qualquer disposição legal específica que justificasse a adição das despesas com ágio na apuração da base de cálculo da CSLL.

A despeito disso, penso que o Acórdão Recorrido inovou na fundamentação adotada para a glosa de despesas de ágio para apuração da base de cálculo da CSLL, pois calcou-se na ideia de que as quotas de amortização de ágio jamais seriam dedutíveis da base de cálculo da CSLL, por ausência de previsão expressa autorizando sua exclusão do lucro líquido ainda que preenchidos seus requisitos de dedutibilidade para fins de IRPJ. Entretanto, o Auto de Infração atinente à contribuição foi calcado em uma fundamentação mais singela, de que qualquer despesa dedutível para fins de IRPJ também o seria para fins de CSLL. É o que se extrai do TVI, visão que fica bastante clara em seu parágrafo de n.º 127 (fl. 111).

“127. Além da ocorrência de extinção do investimento ou investida, existe a necessidade de que o ágio, efetivamente suportado por uma empresa com a aquisição de uma participação societária, ter como origem um propósito econômico real, um efetivo substrato econômico, assim como cumprir incondicionalmente todos os requisitos impostos pela legislação aplicável (arts. 7º e 8º da Lei n.º 9.532/1997, 385 e 386 do RIR/99) para ter reconhecida como dedutível a despesa com a sua amortização. A presença concomitante de todos esses aspectos é imprescindível ao reconhecimento da existência dessa figura econômica e contábil, assim como para a sua dedutibilidade na apuração do IRPJ e da CSLL.”

Assim, entendo que o Acórdão Recorrido promoveu a alteração do critério jurídico do lançamento tributário, violando o art. 146 do CTN. De todo modo, supero esta nulidade por entender que a questão, no mérito, pode ser decidida favoravelmente ao contribuinte (Art. 59, § 3º do Decreto n.º 70.235/72).

Remanesce, assim, o debate acerca da dedutibilidade do ágio para fins fiscais, que se encontra refletido na jurisprudência mais recente da CSRF sobre o tema, do qual é referência o Acórdão n.º 9101-005.865, de 10 de novembro de 2021, de relatoria do Conselheiro Caio Cesar Nader Quintella.

(...)

**ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO (CSLL)**

Ano-calendário: 2009, 2010

ÁGIO. BASE DE CÁLCULO DA CSLL. IDENTIDADES E DISTINÇÕES DO LUCRO REAL. DELIMITAÇÃO LEGAL PRÓPRIA. REGRAS DE AJUSTE DIVERSAS. NECESSIDADE DE PREVISÃO OU REMISSÃO EXPRESSA. AUSÊNCIA DE VEDAÇÃO AO CÔMPUTO E DE DETERMINAÇÃO DE ADIÇÃO. CANCELAMENTO DA EXIGÊNCIA.

A base de cálculo da CSLL é autônoma e legalmente delimitada por normas próprias, somente se verificando *identidades* com a apuração do

Lucro Real quando, expressamente, assim for determinado pela legislação.

Diferentemente do Lucro Real (art. 25 do Decreto-Lei n.º 1.598/77), inexistente previsão legal para que as contrapartidas da amortização do ágio ou deságio não sejam computadas no cálculo base de cálculo da CSLL e tampouco encontra-se determinações próprias para a *adição* dos valores de ágio percebido em aquisição de participações societárias. Assim, a amortização *contábil* do ágio reduz a monta do lucro líquido do período, do qual se extrai a base de cálculo da CSLL, nos termos do art. 2 da Lei n.º 7.689/88.

A norma do art. 57 da Lei n.º 8.981/1995 confere o mesmo tratamento do IRPJ à CSLL exclusivamente no que tange aos trâmites de apuração, vencimento e dinâmica de pagamento, expressamente ressalvando a manutenção jurídica de seus próprios critérios quantitativos - quais sejam, base de cálculo e alíquota - que devem ser tratados individualmente, em legislação própria.

A monta do dispêndio representado pelo ágio pago na aquisição da participações societárias é elemento *extraído* no *desdobramento* do custo, sendo rubrica que tem tratamento e reflexos distintos dos valores de avaliação de investimentos, sujeitos ao controle pelo Método de Equivalência Patrimonial.

Relativamente à CSLL, penso que a dedutibilidade também se encontra assegurada pela legislação, sob a especial fundamentação de que as limitações à dedutibilidade do ágio existentes relativamente ao IRPJ não se aplicam automaticamente à CSLL, inexistindo, por outro lado, qualquer previsão para a respectiva adição.

A CSLL foi introduzida no ordenamento jurídico pátrio pela Lei n.º 7.689/88 em tão astuta quanto maquiavélica manobra política visando a segregar parte da arrecadação federal de maneira tal que não fosse repartida com os demais entes federados (Art. 159 da Constituição Federal). Reduziu-se a alíquota do IRPJ e criou-se a CSLL. Assim como Eva, fruto de uma costela de Adão, pode-se dizer que a CSLL deriva, em certa medida, do IRPJ, mas assumiu vida própria resguardando sua autonomia.

A base de cálculo da CSLL foi prevista pelo art. 2º da Lei n.º 7.689/88, tendo passado por significativas alterações introduzidas pela Lei n.º 8.034/90, que exacerbou a especificidade de sua base de cálculo. De maneira mais ampla, a base de cálculo da CSLL foi definida pelo art. 2º como o valor do resultado (contábil) do exercício, antes da provisão para o imposto de renda. As alterações promovidas pela Lei n.º 8.034/90 deram maior concretude à sua base, relativamente a quais seriam as adições ou exclusões pertinentes. Vejamos as previsões introduzidas no § 1º de sua alínea “c”, tal como vigentes à época dos fatos:

“c) o resultado do período-base, apurado com observância da legislação comercial, será ajustado pela: [\(Redação dada pela Lei n.º 8.034, de 1990\)](#)

- 1 - adição do resultado negativo da avaliação de investimentos pelo valor de patrimônio líquido; [\(Redação dada pela Lei nº 8.034, de 1990\)](#)
- 2 - adição do valor de reserva de reavaliação, baixada durante o período-base, cuja contrapartida não tenha sido computada no resultado do período-base; [\(Redação dada pela Lei nº 8.034, de 1990\)](#)
- 3 - adição do valor das provisões não dedutíveis da determinação do lucro real, exceto a provisão para o Imposto de Renda; [\(Redação dada pela Lei nº 8.034, de 1990\)](#)
- 4 - exclusão do resultado positivo da avaliação de investimentos pelo valor de patrimônio líquido; [\(Redação dada pela Lei nº 8.034, de 1990\)](#)
- 5 - exclusão dos lucros e dividendos derivados de investimentos avaliados pelo custo de aquisição, que tenham sido computados como receita; [\(Incluído pela Lei nº 8.034, de 1990\)](#)
- 6 - exclusão do valor, corrigido monetariamente, das provisões adicionadas na forma do item 3, que tenham sido baixadas no curso de período-base. [\(Incluído pela Lei nº 8.034, de 1990\)](#)”

Nos itens 1 e 4, previu-se que eventuais *variações* **do valor do patrimônio líquido** (e somente dele) que implicassem alteração do resultado em decorrência do Método de Equivalência Patrimonial (Art. 248 da Lei nº 6.404/76) seriam fiscalmente neutras também para a apuração da CSLL. Não pretendeu, portanto, neutralizar os efeitos de *variações* do valor pago a título de ágio, pois este *é imutável*, já que se consubstancia no montante pago excedente ao patrimônio líquido no momento da aquisição, devendo ser registrado contabilmente de maneira apartada conforme determinação do art. 20 do Decreto-lei nº1.598/77.

Afirmar, portanto, que os itens 1 e 4 da alínea “c” acima transcritos imporiam a neutralidade fiscal do ágio, é desconsiderar sua imutabilidade e confundir patrimônio líquido com o sobrepreço, a ele excedente, é, na essência, assumir a falta de compreensão do conceito mais rudimentar de ágio.

Anos depois, sobreveio a Lei 8.981/95, que teve sua redação alterada pela Lei nº 9.065/95, restando seu artigo 57 da seguinte maneira

“Art. 57. Aplicam-se à Contribuição Social sobre o Lucro [\(Lei nº 7.689, de 1988\)](#) as mesmas normas de apuração e de pagamento estabelecidas para o imposto de renda das pessoas jurídicas, inclusive no que se refere ao disposto no art. 38, mantidas a base de cálculo e as alíquotas previstas na legislação em vigor, com as alterações introduzidas por esta Lei. [\(Redação dada pela Lei nº 9.065, de 1995\)](#)”

O dispositivo, muito embora traga aproximações entre a CSLL e o IRPJ quanto à apuração e pagamento (portanto, quanto ao vencimento, pagamento, período e dinâmica de apuração), ressalva que tais aproximações não avançariam sobre o critério quantitativo da regra matriz de incidência tributária, asseverando restarem *mantidas a base de cálculo e as alíquotas previstas na legislação em vigor*, salvo alterações pontuais expressas nessa mesma lei.

Deixou-se claro para além de qualquer dúvida minimamente razoável, a autonomia do critério quantitativo de cada um desses tributos.

Essa autonomia foi novamente reafirmada pela primeira parte do art. 13 da Lei n.º 9.249/95, curiosamente ao aproximar as bases de cálculo de ambas por meio de sua submissão à regra geral de dedutibilidade de despesas do art. 47 da Lei n.º 4.506/64:

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

I - de qualquer provisão, exceto as constituídas para o pagamento de férias de empregados e de décimo-terceiro salário, a de que trata o art. 43 da Lei n.º 8.981, de 20 de janeiro de 1995, com as alterações da Lei n.º 9.065, de 20 de junho de 1995, e as provisões técnicas das companhias de seguro e de capitalização, bem como das entidades de previdência privada, cuja constituição é exigida pela legislação especial a elas aplicável;

II - das contraprestações de arrendamento mercantil e do aluguel de bens móveis ou imóveis, exceto quando relacionados intrinsecamente com a produção ou comercialização dos bens e serviços;

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

IV - das despesas com alimentação de sócios, acionistas e administradores;

V - das contribuições não compulsórias, exceto as destinadas a custear seguros e planos de saúde, e benefícios complementares assemelhados aos da previdência social, instituídos em favor dos empregados e dirigentes da pessoa jurídica;

VI - das doações, exceto as referidas no § 2º;

VII - das despesas com brindes.

1º Admitir-se-ão como dedutíveis as despesas com alimentação fornecida pela pessoa jurídica, indistintamente, a todos os seus empregados.

§ 2º Poderão ser deduzidas as seguintes doações:

I - as de que trata a Lei n.º 8.313, de 23 de dezembro de 1991;

II - as efetuadas às instituições de ensino e pesquisa cuja criação tenha sido autorizada por lei federal e que preencham os requisitos dos incisos I e II do art.

213 da Constituição Federal, até o limite de um e meio por cento do lucro operacional, antes de computada a sua dedução e a de que trata o inciso seguinte;

III - as doações, até o limite de dois por cento do lucro operacional da pessoa jurídica, antes de computada a sua dedução, efetuadas a entidades civis, legalmente constituídas no Brasil, sem fins lucrativos, que prestem serviços gratuitos em benefício de empregados da pessoa jurídica doadora, e respectivos dependentes, ou em benefício da comunidade onde atuem, observadas as seguintes regras:

a) as doações, quando em dinheiro, serão feitas mediante crédito em conta corrente bancária diretamente em nome da entidade beneficiária;

b) a pessoa jurídica doadora manterá em arquivo, à disposição da fiscalização, declaração, segundo modelo aprovado pela Secretaria da Receita Federal, fornecida pela entidade beneficiária, em que esta se compromete a aplicar integralmente os recursos recebidos na realização de seus objetivos sociais, com identificação da pessoa física responsável pelo seu cumprimento, e a não distribuir lucros, bonificações ou vantagens a dirigentes, mantenedores ou associados, sob nenhuma forma ou pretexto;

c) a entidade civil beneficiária deverá ser reconhecida de utilidade pública por ato formal de órgão competente da União.” (grifo nosso)

Tamanho esforço legislativo em delimitar as aproximações e distanciamentos entre o IRPJ e a CSLL confirma a ausência de plena identidade entre ambos os tributos, notadamente quanto ao seu critério quantitativo. Muito embora ambos partam do lucro líquido contábil para sua apuração, cada qual sofre adições e exclusões próprias.

Analisando, sob este arcabouço, o Decreto-lei n.º 1.598/77, verificamos que seu artigo 25, na redação então vigente, exclui as contrapartidas de amortização do ágio apenas da determinação do lucro real (base de cálculo do IRPJ), não trazendo vedação relativamente à base de cálculo da CSLL. A previsão também confirma que, não fosse a ressalva ali prevista, tratar-se-ia de despesa a priori dedutível.

“Art. 25 - As contrapartidas da amortização do ágio ou deságio de que trata o artigo 20 não serão computadas na determinação **do lucro real**, ressalvado o disposto no artigo 33. (Redação dada pelo Decreto-lei n.º 1.730, 1979) (Vigência)” (grifo nosso)

Ao seu turno, a permissão da dedutibilidade do ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura (*goodwill*) introduzida no ordenamento pelo artigo 7º, III da Lei n.º 9.532/97 faz referência unicamente ao Lucro Real, justamente porque somente a ele se aplicava a restrição do art. 25 do Decreto-lei n.º 1.598/77.

Por fim, é pertinente enfrentar o argumento de que o inciso III do art. 13 da Lei n.º 9.249/95 impediria a dedução das despesas de amortização para a apuração da base de cálculo da

CSLL. O argumento, parece-me, decorre da leitura parcial do inciso, que em sua parte final contém ressalva permitindo a dedução — respeitadas as regras gerais do artigo 47 da Lei n.º 4.506/64 — das despesas correspondentes a quotas de amortização de bens móveis (como as participações societárias) *intrinsecamente relacionados com a produção ou comercialização dos bens e serviços*.

A ressalva, aplicável ao caso em questão, refuta o argumento e confirma decorrer a dedutibilidade do ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura, de sua natureza de despesa com a aquisição de uma expectativa rentabilidade futura, dedutível a partir da consolidação da entidade que nele incorreu, com a entidade de onde advirão tais potenciais resultados futuros (*matching principle*). Afasta, também, a comum assertiva de tratar-se de benefício fiscal, permitindo que o sobrepreço, como despesa, seja confrontado com as potenciais receitas futuras que lhe deram causa.

Entendo, portanto, procedente o Recurso Voluntário também relativamente à dedutibilidade da o ágio para fins de apuração da base de cálculo da CSLL.

## 8 QUESTÕES SUBSIDIÁRIAS

Caso reste vencido, entendo pertinente manifestar-me sobre as demais alegações do contribuinte que restariam de outra maneira prejudicadas.

### 8.1 IMPOSSIBILIDADE DE EXIGÊNCIA DA MULTA QUALIFICADA

Em atenção ao princípio da colegialidade, caso vencido quanto à dedutibilidade das despesas com ágio, abordo o afastamento da qualificação da multa de ofício.

A situação não é de causar espanto, dado que a dedução de dispêndios com ágio considerada indevida não necessariamente decorre de prática imbuída do dolo específico que autorizaria a aplicação da multa qualificada de 150% prevista no §1º do art. 44 da Lei n.º 9.430/96. Isso porque, mesmo que prevaleça a glosa, não sendo demonstrada e comprovada cabalmente a prática de *fraude* ou *sonegação* nas transações que geraram a despesa com o ágio, a multa de ofício deve ser aplicada no patamar ordinário de 75%.

A multa qualificada no patamar de 150% é resultado da duplicação da multa regulamentar, na forma preconizada pelo art. 44, inciso I, §1º, da Lei n.º 9.430/96.

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:(Redação dada pela Lei n.º 11.488, de 2007)

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;(Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

[...]

§ 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.(Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

A qualificação da multa, por sua vez, é fruto das condutas de sonegação ou de fraude praticadas dolosamente pelo sujeito passivo, na forma definida pelos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64, a seguir transcritos:

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

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

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

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

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

Analisando-se a acusação fiscal, verifica-se às fls. 115 a fundamentação da qualificação da multa de ofício nas condutas previstas nos arts. 71 e 72 da Lei nº 4.502/64

“146. Em síntese, os últimos itens deste Termo nos revelam que a Magnesita Refratários S/A pretendia adquirir a Rearden (LWB) e para tanto montou uma estrutura complexa de desorganização societária seguida de reorganização societária, tudo em um período de apenas 2 meses, inclusive com a utilização de diversas empresas veículo no Brasil (Purus Participações Ltda., Mukden Participações Ltda. e EDRJ91 Participações Ltda.) e em paraíso fiscal (Caribbean Refractories Holdings Ltd (CRH) com sede nas Ilhas Virgens Britânicas), única e exclusivamente para fazer surgir um ágio que posteriormente acabaria na própria fiscalizada e cujo resultado de sua utilização

acabou por reduzir a base de cálculo e, como decorrência, o montante dos tributos devidos pela fiscalizada.

147. Ainda, os desenhos esquemáticos nº 2 e 8 que nas palavras do Prof. Greco representam “os momentos anterior e posterior ao conjunto de etapas” são elementos primordiais na análise da operação como um todo (o filme, o conjunto) e demonstram claramente que a operação pretendida de compra e venda era simples, porém a fiscalizada armou complexa operação estruturada apenas para reduzir o montante dos tributos devidos e também para dar aparência de legalidade ao benefício fiscal de dedutibilidade das despesas de amortização com ágio. A operação de compra e venda está claramente descrita em Nota Explicativa às demonstrações financeiras dos exercícios findos em 31 de dezembro de 2008 e de 2007, conforme já detalhado nos itens 79 a 81 deste Termo de Verificação, e descrevem a essência da operação.

148. Essas condutas, aliadas à total falta de propósito em primeiro desorganizar-se para em seguida reorganizar-se, apenas e tão somente para fazer surgir na fiscalizada um ágio da qual a mesma se aproveitaria para reduzir o montante de seus tributos devidos, combinado com tudo o que já foi exposto neste Termo de Verificação, caracterizam o evidente intuito de fraude, configurando-se os casos previstos nos artigos 71 e 72 da Lei 4.502/64, o que impõe a qualificação da multa nos termos do § 1º do artigo 44 da Lei 9.430/96, com redação dada pelo artigo 14 da Lei 11.488/2007.

149. Em relação aos valores dos ágios escriturados pela fiscalizada no valor de R\$609.580.259,00 em decorrência das operações realizadas no final de 2008, todos os valores relativos às despesas anuais com amortização desse ágio que tiverem sido utilizados pelo contribuinte para reduzir o montante dos tributos por ele devidos, ou seja, os valores mencionados no item 145 deste Termo de Verificação serão objeto de lançamento de ofício efetuado por esta fiscalização com a devida qualificação da multa, em virtude da configuração da hipótese descrita nos artigos 71 e 72 da Lei 4.502/64 que impõe a duplicação da multa de acordo com o disposto no § 1º do artigo 44 da Lei 9.430/96, com redação dada pelo artigo 14 da Lei 11.488/2007.”

A esse respeito, o contribuinte assevera que a autoridade fiscal não teria indicado de maneira individualizada quais as condutas praticadas pela Recorrente que se enquadrariam nas previsões legais em questão, sem especificar portanto qual ou quais delas implicariam sonegação e quais implicariam fraude, derivando a qualificação das mesmas condutas que ensejaram a glosa da amortização do ágio.

Entendo, contudo, que a fundamentação adotada pela fiscalização encontra-se suficientemente presente, pois se justificou a qualificação da penalidade a partir da conclusão atingida pela autoridade fiscal de que o planejamento dos movimentos societários que deram ensejo à dedução do ágio teria sido arquitetado com intuito doloso, em fraude e sonegação.

Considerando que tanto a fraude quanto a sonegação, no caso em questão, acabam por se emaranhar na série de imputações das quais partiu a autoridade fiscal para afirmar que o conjunto de atos praticados teve como objetivo propiciar ilicitamente a dedução do ágio, a fundamentação parece-me presente, diante da virtual impossibilidade de se segmentar qual ato teria sido praticado com fraude e qual com intuito sonegatório.

A Recorrente alega, ainda, que não teria havido comprovação do dolo específico em lesar o erário cuja prova se demanda para a imputação da prática de fraude e sonegação, e que sequer seria possível falar em dolo em um cenário de existência de precedentes administrativos favoráveis ao entendimento exposto pela Recorrente, contemporâneos à prática dos fatos. Para isso, colaciona excerto do escólio de Marco Aurélio Greco<sup>6</sup>

**“Se não houve o intuito de enganar, esconder, iludir, mas se, pelo contrário, o contribuinte agiu de forma clara, deixando explícitos seus atos e negócios, de modo a permitir a ampla fiscalização pela autoridade fazendária, e se agiu na convicção e certeza de que seus atos tinham determinado perfil legalmente protegido — que levava ao enquadramento em regime ou previsão legal mais favorável — não se trata de caso regulador pelo §1º do artigo 44, mas de divergência na qualificação jurídica dos fatos; hipótese completamente distinta da fraude e da sonegação a que se referem os dispositivos para os quais o §1º remete.”**

Penso assistir razão à Recorrente. De fato, em um cenário de existência de precedentes administrativos favoráveis ao entendimento exposto pela Recorrente, contemporâneos à prática dos fatos, assumir que a ilicitude dos atos era clarividente e a Recorrente dolosamente cometeu-os sabendo serem ilícito não me parece verossímil.

A divergência entre o contribuinte e as autoridades fiscais sobre a possibilidade de determinada dedução ou sobre os efeitos fiscais de certas estruturas societárias não permite, ao meu ver, a qualificação da penalidade.

Assumir a premissa fiscal, nesse contexto, seria criminalizar a mera vontade inerente a qualquer administração empresarial de incorrer na menor carga tributária lícitamente possível, o que não encontra amparo em um ordenamento que incorpora o intuito lucrativo das sociedades como mote da arrecadação tributária, bem como que legaliza o uso de empresas holding como instrumento de se viabilizar o aproveitamento de benefícios fiscais (art. 2º, § 3º da Lei n.º 6.404/76).

É o que reconhece Marco Aurélio Greco ao tratar da análise do elemento subjetivo do tipo<sup>7</sup> ao asseverar que “O dolo não se configura pela simples vontade de obter um resultado ou atingir uma finalidade. À vontade é indispensável associar a consciência de realizar a conduta descrita no tipo.”

Ou seja, não basta desejar praticar o ato para economizar tributos, é necessário praticá-lo com a consciência *inequívoca* de que tal ato configura ilícito, premissa que entendo inconcebível no ambiente de divergência jurisprudencial que pairava à época dos fatos (e ainda paira) sobre o tema.

Em sentido semelhante, vale também mencionar o Acórdão de n.º 9101-005.876, de 2021, cujo voto vencedor foi da lavra do Conselheiro Caio Cesar Nader Quintella.

<sup>6</sup> GRECO, Marco Aurélio. In Planejamento Tributário. São Paulo: Dialética, 2011.

<sup>7</sup> GRECO, Marco Aurélio. In Planejamento Tributário. São Paulo: Dialética, 2011

**ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA (IRPJ)**

Ano-calendário: 2007

ÁGIO. MULTA QUALIFICADA. ADOÇÃO DE EMPRESA-VEÍCULO NA ESTRUTURA DE AQUISIÇÃO DE INVESTIMENTO. ACUSAÇÃO DE FALTA DE PROPÓSITO NEGOCIAL. GRUPO ECONÔMICO. CONTROLADORA COMO REAL ADQUIRENTE. IMPROCEDÊNCIA DO FUNDAMENTO DA PENA. INOCORRÊNCIA DE SIMULAÇÃO FRAUDE SONEGAÇÃO OU CONLUÍO. REDUÇÃO DA SANÇÃO DUPLICADA.

A dedução indevida de dispêndios com ágio não se confunde com prática dolosa ou ilícita que autoriza a aplicação da multa duplicada de 150%, prevista no §1º do art. 44 da Lei nº 9.430/96. Ainda que prevalecendo a glosa, não sendo demonstrada e comprovada a prática de *fraude*, *sonegação* ou *conluio* nas transações que geraram a despesa com o *sobrepreço*, deve ser aplicada a monta ordinária da multa de ofício de 75%.

O simples emprego de companhias *holdings* em estrutura de aquisição de investimentos, mesmo que com a finalidade específica de viabilizar e promover a compra de participações societárias, rotuladas de *empresas-veículo*, não basta para caracterizar *simulação*, *fraude* ou o seu intuito, tampouco qualquer outro ilícito.

A figura de origem estrangeira da *ausência de propósito comercial*, dentro da narrativa de que o contribuinte praticou determinado ato ou negócio jurídico visando exclusivamente obter vantagem tributária, não configura nenhuma das hipóteses legais de *simulação* e de *fraude*, conforme a devida conceituação de Direito Civil, e nem pode se amoldar às previsões dos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64.

Nesse cenário em que há diversas justificativas minimamente plausíveis para se presumir a ausência de intuito ilícito doloso na estrutura adotada, embora tais justificativas tenham sido consideradas insuficientes pela maioria do colegiado para fins de garantir a dedução do ágio, e tratando-se de aquisição feita às claras, com efetivo sacrifício econômico, com fundamento econômico amparado em laudo inquestionado, mediante a constituição de empresas cujo propósito verificado era compatível com seu objeto social, e em um cenário de divergência jurisprudencial e doutrinária sobre o tema, não vejo comprovação cabal do dolo específico necessário à exasperação da multa de ofício.

**8.2 DECADÊNCIA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO — ANO-CALENDÁRIO 2013 (ARTIGO 150, §4º, DO CTN)**

A Recorrente defende desde sua impugnação que, reconhecida inexistência de dolo, sonegação e fraude no caso, considerando-se que houve retenção de IRPJ e CSLL, no

decorrer do ano-calendário 2013 (vide doc. 02 da Impugnação), deverá ser aplicada a regra prevista no artigo 150, §4º, do CTN, reconhecendo-se, assim, a decadência relativamente ao ano-calendário de 2013.

O Acórdão Recorrido reconheceu as retenções como aptas a atraírem a aplicação do art. 150, §4º, do CTN (Súmula CARF nº 123), mas afastou sua aplicação diante das premissas que levaram à qualificação da multa.

Conforme visto acima neste voto, propus o afastamento da multa qualificada por entender ausente a comprovação cabal do intento doloso em cometer fraude ou sonegação.

Assim, reconhecida a existência de retenções como aptas a atraírem a aplicação do art. 150, §4º do CTN e considerando que o sujeito passivo era optante pelo Lucro Real de apuração anual, deve-se reconhecer o decurso do prazo decadencial relativamente ao ano-calendário de 2013.

### 8.3 IMPOSSIBILIDADE DE EXIGÊNCIA DAS MULTAS ISOLADAS

#### 8.3.1 *INAPLICABILIDADE DA MULTA ISOLADA EM RAZÃO DO ENCERRAMENTO DO ANO-BASE DE 2014, 2015, 2016, 2017 E 2018 QUANDO DA LAVRATURA DOS AUTOS DE INFRAÇÃO.*

A Recorrente defende que como os autos de infração objeto do presente processo foram lavrados **após o encerramento dos anos-base de 2014, 2015, 2016, 2017 e 2018, em 16/12/2019**, eventuais insuficiências de recolhimento do IRPJ e da CSLL **não poderiam levar à imposição da multa isolada pela ausência de recolhimento de estimativas.**

A matéria em questão é objeto de uma série de questionamentos perante este Conselho. A tese de defesa parte da premissa de que a multa isolada somente poderia ser exigida conjuntamente ao lançamento de ofício voltado à exigência das estimativas não quitadas, por isso, defende-se que, não sendo possível exigir o recolhimento das estimativas após o término do ano-calendário, tampouco poderia ser exigida a penalidade pelo não recolhimento.

Penso não assistir razão à Recorrente. A Súmula CARF nº 82 consolidou o entendimento deste Conselho, de que as estimativas de IRPJ e CSLL consistem em mera antecipação do tributo devido, o que as tornaria inexigíveis com o término do ano-calendário a partir do qual se apura o tributo efetivamente devido. Trata-se de técnica de arrecadação imposta aos optantes pelo regime do Lucro Real de apuração anual. Caso o contribuinte seja autuado sofrendo a exigência do recolhimento das estimativas no curso do ano-calendário ao qual correspondem, não se exige a multa isolada, mas a multa de ofício de 75%.

Em virtude da exigência de antecipação, impõe-se sobre o contribuinte a penalidade ora em questão, voltada a punir a conduta daquele que desatende à obrigação de antecipar recursos aos cofres públicos, independentemente de, ao final do ano-calendário, apurar ou não saldo de tributo a pagar.

Entendimento diverso implicaria não só o esvaziamento da sanção imposta àquele que desatende ao dever de antecipar, como também a instituição de prazo decadencial inferior a um ano, distinto do prescrito pelo Código Tributário Nacional.

A Conselheira Livia de Carli Germano, no Acórdão 9101-005.080 bem expõe que a multa isolada, tanto na redação anterior como na posterior às alterações legislativas promovidas pela Lei 11.488/2007 no art. 44 da Lei nº 9.430/96, é exigível mesmo depois do encerramento do ano-calendário:

“Estas são as razões pelas quais considero também que, de maneira geral, a multa isolada sobre as estimativas não pagas é devida independentemente do resultado final da apuração do ajuste anual.

Nesse ponto, não ignoro a linha de raciocínio segundo a qual, após o término do ano-calendário, a exigência de recolhimentos por estimativa perderia sua eficácia, prevalecendo a exigência do tributo efetivamente devido e apurado com base no lucro. Segundo essa linha, haveria, entre as estimativas e o tributo devido no final do ano, uma relação de meio e fim, ou de parte e todo, de modo que a multa isolada cobrada em razão da ausência de recolhimento de estimativas apenas poderia ser aplicada durante o ano-calendário, ou seja, antes do ajuste anual.

Não discordo das *premissas* de tal raciocínio, isto é, concordo que é inerente ao dever de antecipar a existência da obrigação cujo cumprimento se antecipa. Não obstante, compreendo que a *conclusão* a que ele chega não é adequada, e isso essencialmente porque, aqui, não estamos tratando de incidência de principal de tributo, mas de norma que estabelece penalidade.

É dizer, embora se trate, essencialmente, do mesmo tributo (IRPJ/CSLL anual), as condutas exigidas do contribuinte são distintas: a primeira é o dever de antecipar parcelas do tributo calculadas sobre uma base provisória (estimativas mensais), e a segunda é o dever de pagar este mesmo tributo efetivamente apurado como devido ao final do ano-calendário (ajuste anual).

Uma conduta independe logicamente da outra, ou seja, o dever de recolher estimativas pode existir sem que venha a haver tributo devido no ajuste anual, e vice-versa. Além disso, tais condutas visam a atender bens jurídicos distintos, sendo uma destinada a manter o fluxo de caixa do governo durante o ano, e outra dirigida ao recolhimento do tributo efetivamente devido.

Daí porque tais condutas podem ser, como de fato são, penalizadas de forma específica – nos das atuais, a primeira à razão de 50% da estimativa não recolhida e a segunda à razão de 75% do valor do ajuste anual devido.

Vale notar que a conclusão acima não contradiz o disposto no enunciado da Súmula CARF 82 (vinculante, conforme Portaria MF 277/2018), que diz:

Súmula CARF 82: Após o encerramento do ano-calendário, é incabível lançamento de ofício de IRPJ ou CSLL para exigir estimativas não recolhidas.

Isso porque, de novo, é essencial destacar que, nos presentes autos, não estamos tratando do principal de tributo, mas da pena prevista para a conduta consistente

em agir em desconformidade com o que prevê a legislação fiscal (dever de adiantar estimativas mensais).

Neste sentido, a análise dos acórdãos precedentes que orientaram a edição de tal enunciado sumular esclarece que o que não pode ser exigido é apenas o principal da estimativa, visto que este está contido no ajuste apurado ao final do ano-calendário. Não obstante, a pena prevista para o descumprimento do dever de recolher a estimativa permanece -- e, até por isso, é denominada “multa isolada”: porque cobrada independentemente da exigibilidade da sua base de cálculo (a própria estimativa devida).

De fato, parece que só faz sentido se falar em exigência isolada de multa quando a infração é constatada após o encerramento do ano de apuração do tributo. Isso porque, se fosse constatada a falta no curso do ano-calendário, caberia à fiscalização exigir a própria estimativa devida, acrescida de multa e dos respectivos juros moratórios. Ao estabelecer a cobrança apenas da multa (ou seja, a cobrança “isolada”) quando detectada a falta de recolhimento da estimativa mensal, a norma visa exatamente à adequação da exigência tributária à situação fática.

A título ilustrativo, destaco a argumentação constante de trecho do voto condutor do acórdão 101-96.353, de 17/10/2007, que é um dos que orientaram a edição do enunciado da Súmula CARF 82:

(...)

A ação do Fisco, após o encerramento do ano-calendário, não pode exigir estimativas não recolhidas, uma vez que o valor não pago durante o período-base está contido no saldo apurado no ajuste efetuado por ocasião do balanço.

Na prática, a aplicação da multa isolada desonera a empresa da obrigação de recolher as estimativas que serviram de base para o cálculo da multa. O imposto e a contribuição não recolhidos serão apurados na declaração de ajuste, se devidos.

(...)

Entendo, assim, improcedente o pleito da Recorrente.

### 8.3.2 *DUPLICIDADE DE COBRANÇA - IMPOSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DA MULTA ISOLADA COM A MULTA DE OFÍCIO.*

A Recorrente defende a impossibilidade de cumulação da multa isolada em virtude da ausência do recolhimento de estimativas com a multa de ofício, sob pena de *bis in idem*, pois tratar-se-ia de dupla incidência sobre a mesma materialidade.

A sistemática de antecipação do IRPJ e da CSLL por meio do recolhimento de estimativas provoca ainda a situação em que, além de não recolher as estimativas, ao final do ano-calendário apura-se tributo a pagar e também não o recolhe, tornando-se alvo do lançamento de ofício. Nesses casos, **a jurisprudência administrativa admite a absorção da multa**

**imposta sobre a conduta-meio pela multa imposta sobre a conduta-fim**, levando à prevalência apenas da multa de ofício como consequência da aplicação do princípio da consunção, reconhecido pela súmula CARF n.º 105.

**“Súmula CARF n.º 105**

**Aprovada pela 1ª Turma da CSRF em 08/12/2014**

A multa isolada por falta de recolhimento de estimativas, lançada com fundamento no art. 44 § 1º, inciso IV da Lei n.º 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.

Acórdãos Precedentes:

9101-001.261, de 22/11/2011; 9101-001.203, de 17/10/2011; 9101-001.238, de 21/11/2011; 9101-001.307, de 24/04/2012; 1402-001.217, de 04/10/2012; 1102-00.748, de 09/05/2012; 1803-001.263, de 10/04/2012”

Ocorre, portanto, punição da conduta-meio e da conduta-fim, devendo esta absorver aquela (consunção).

Reconhecendo a aplicabilidade do princípio penal da consunção à seara tributária e muito bem delineando as **três vertentes existentes a seu respeito**, podemos mencionar o Acórdão n.º 1401003.058, de relatoria do Conselheiro Abel Nunes de Oliveira Neto, que se vale de voto do Conselheiro Guilherme Adolfo dos Santos Mendes:

**“ESTIMATIVAS RECOLHIDAS A MENOR. MULTA ISOLADA. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. POSSIBILIDADE.**

Nos casos de lançamento com aplicação de multa de ofício, cumulado com lançamento de multa isolada por não recolhimento das estimativas, cabível a aplicação do princípio da consunção em razão de, decorrendo da aplicação do princípio, a multa aplicada em razão da infração maior (de ofício) absorver a multa relativa à menor infração (isolada) até o limite do valor da multa de ofício lançada.”

(...)

“Inicialmente já é de conhecimento dos membros desta Turma Julgadora que meu posicionamento é no sentido da impossibilidade da exigência da multa isolada quando há a aplicação, relativa ao mesmo exercício da multa de ofício em valor igual ou superior ao da multa agravada. Para tanto apresento posicionamento já muitas vezes apresentado neste CARF que contou o prestigioso auxílio do então Conselheiro do CARF Guilherme Adolfo Mendes. vejamos:

Com relação ao auto de infração relativo a aplicação de multa isolada pela falta de recolhimento por estimativa, por diversas vezes este tema foi objeto de discussão nesta Câmara, existindo três diferentes vertentes de opinião:

1) A primeira segue no sentido de que a aplicação de multa de ofício relativo ao período de apuração anual do imposto impede a aplicação da multa isolada pela falta de recolhimento por estimativa em função de tratar-se, em essência do mesmo tributo exigido no exercício e, assim, o contribuinte estaria sendo penalizado em duplicidade.

2) A segunda corrente advoga no sentido de que as multas de ofício e isolada punem condutas distintas e assim, podem subsistir concomitantemente sem qualquer empecilho, visto que os fatos geradores são distintos e também distintas as bases de cálculo.

3) A terceira posição interpretativa segue no sentido de que os fatos geradores sendo complementares as sanções, visto que uma pune a falta de antecipação durante o exercício e a outra pune a falta do pagamento no ajuste anual, a maior penalidade deve prevalecer até o montante em que consuma integralmente a punição pela falta de antecipação, somente subsistindo esta se comportar montante maior do que a multa de ofício.

Pessoalmente sou adepto da terceira corrente e da adoção do princípio da consunção.

Por isso, transcrevo os valiosos fundamentos do Conselheiro Guilherme Adolfo Mendes no Acórdão 1201000.235:

*As regras sancionatórias são em múltiplos aspectos totalmente diferentes das normas de imposição tributária, a começar pela circunstância essencial de que o antecedente das primeiras é composto por uma conduta antijurídica, ao passo que das segundas se trata de conduta lícita.*

*Dessarte, em múltiplas facetas o regime das sanções pelo descumprimento de obrigações tributárias mais se aproxima do penal que do tributário. Pois bem, a Doutrina do Direito Penal afirma que, dentre as funções da pena, há a PREVENÇÃO GERAL e a PREVENÇÃO ESPECIAL.*

*A primeira é dirigida à sociedade como um todo. Diante da prescrição da norma punitiva, inibe-se o comportamento da coletividade de cometer o ato infracional. Já a segunda é dirigida especificamente ao infrator para que ele não mais cometa o delito.*

*É, por isso, que a revogação de penas implica a sua retroatividade, ao contrário do que ocorre com tributos. Uma vez que uma conduta não mais é tipificada como delitiva, não faz mais sentido aplicar pena se ela deixa de cumprir as funções preventivas.*

*Essa discussão se torna mais complexa no caso de descumprimento de deveres provisórios ou excepcionais.*

*Hector Villegas, (em Direito Penal Tributário. São Paulo, Resenha Tributária, EDUC, 1994), por exemplo, nos noticia o intenso debate da Doutrina Argentina*

*acerca da aplicação da retroatividade benigna às leis temporárias e excepcionais.*

*No direito brasileiro, porém, essa discussão passa ao largo há muitas décadas, em razão de expressa disposição em nosso Código Penal, no caso, o art. 3º:*

*Art. 3º A lei excepcional ou temporária, embora decorrido o período de sua duração ou cessadas as circunstâncias que a determinaram, aplica-se ao fato praticado durante sua vigência.*

*O legislador penal impediu expressamente a retroatividade benigna nesses casos, pois, do contrário, estariam comprometidas as funções de prevenção. Explico e exemplifico.*

*Como é previsível a cessação da vigência de leis extraordinárias e certo, em relação às temporárias, a exclusão da punição implicaria a perda de eficácia de suas determinações, uma vez que todos teriam a garantia prévia de, em breve, deixarem de ser punidos.*

*É o caso de uma lei que impõe a punição pelo descumprimento de tabelamento temporário de preços. Se após o período de tabelamento, aqueles que o descumpriram não fossem punidos e eles tivessem a garantia prévia disso, por que então cumprir a lei no período em que estava vigente?*

*Ora, essa situação já regrada pela nossa codificação penal é absolutamente análoga à questão ora sob exame, pois, apesar de a regra que estabelece o dever de antecipar não ser temporária, cada dever individualmente considerado é provisório e diverso do dever de recolhimento definitivo que se caracterizará no ano seguinte.*

*Nada obstante, também entendo que as duas sanções (a decorrente do descumprimento do dever de antecipar e a do dever de pagar em definitivo) não devam ser aplicadas conjuntamente pelas mesmas razões de me valer, por terem a mesma função, dos institutos do Direito Penal.*

*Nesta seara mais desenvolvida da Dogmática Jurídica, aplica-se o Princípio da Consunção. Na lição de Oscar Stevenson, "pelo princípio da consunção ou absorção, a norma definidora de um crime, cuja execução atravessa fases em si representativas desta, bem como de outras que incriminem fatos anteriores e posteriores do agente, efetuados pelo mesmo fim prático". Para Delmanto, "a norma incriminadora de fato que é meio necessário, fase normal de preparação ou execução, ou conduta anterior ou posterior de outro crime, é excluída pela norma deste". Como exemplo, os crimes de dano, absorvem os de perigo. De igual sorte, o crime de estelionato absorve o de falso. Nada obstante, se o crime de estelionato não chega a ser executado, pune-se o falso.*

*É o que ocorre em relação às sanções decorrentes do descumprimento de antecipação e de pagamento definitivo. Uma omissão de receita, que enseja o descumprimento de pagar definitivamente, também acarreta a violação do dever de antecipar. Assim, pune-se com multa proporcional. Todavia, se há uma mera omissão do dever de antecipar, mas não do de pagar, pune-se a não antecipação com multa isolada.*

*No presente caso, percebe-se que a multa de ofício excede o valor da multa isolada pelo não recolhimento da estimativa, absorvendo-a integralmente. Desta forma entendo por negar provimento ao lançamento da multa isolada em razão desta ter sido integralmente abrangida pela multa de ofício.*

*Do exposto voto no sentido de dar parcial provimento ao recurso para excluir da autuação o lançamento de multa isolada por falta de pagamento de estimativa do IRPJ e CSLL.*

(...)

Com relação ao princípio da Consunção que, reconheço, não é se sabença geral em sua completude, a estranheza decorre do fato de se afastar a aplicação de uma norma legal (a de aplicação de multa isolada por falta de recolhimento por estimativa) em razão de um princípio não escrito.

Mas o princípio da Consunção funciona exatamente desta forma. Quando existem condutas praticadas pelos particulares que se amoldem a mais de uma infração, há de se aplicar a pena relativa à maior infração capitulada e deixar de aplicar a pena da menor infração até o limite daquela.”

Mais recentemente o Acórdão 9101-005.080, de relatoria do Conselheiro Caio Cesar Nader Quintella, expressa o estado atual do debate no âmbito da **CSRF**, no qual se reconheceu a aplicação do princípio da consunção pela **1ª das vertentes acima mencionadas** no voto do Conselheiro Abel Nunes de Oliveira Neto com as contribuições do Conselheiro Guilherme Adolfo dos Santos Mendes e a manutenção da aplicabilidade da Súmula CARF n.º 105, sendo extremamente oportuna a transcrição dos seguintes excertos de seu voto:

Assim, um único ilícito tributário e seu correspondente singular *dano* ao Erário (do ponto de vista *material*), não pode ensejar duas punições distintas, devendo ser aplicado o *princípio da absorção* ou da *consunção*, visando repelir esse *bis in idem*, instituto explicado por Fabio Brun Goldschmidt em sua obra<sup>8</sup>.

Frise-se que, *per si*, a coexistência jurídica das multas isoladas e de ofício não implica em qualquer ilegalidade, abuso ou violação de garantia. A patologia surge na sua efetiva *cumulação*, em Autuações que sancionam tanto a falta de pagamento dos tributos apurados no ano-calendário como também, por suposta e equivocada *consequência*, a situação de pagamento a menor (ou não recolhimento) de estimativas, antes devidas dentro daquele mesmo período de apuração, já encerrado.

O entendimento vêm sendo encampado pelo STJ, tendo sido adotado inicialmente no Recurso Especial (REsp) 1.496.354/PR, julgado em 2015, de relatoria do ministro Humberto Martins, e posteriormente no REsp 1.815.945/RS (2019, ministro Sérgio Kukina), no REsp

---

<sup>8</sup> Teoria da Proibição de Bis in Idem no Direito Tributário e Sancionador Tributário. São Paulo: Noeses, 2014, p. 462.

1.603.525/RJ (2020, ministro Francisco Falcão) e no REsp 1.878.192/SC (2021, ministro Herman Benjamin).

Ainda sobre a permanência da aplicabilidade da Súmula CARF n.º 105, as alterações promovidas pela Lei n.º 11.488/2007 no art. 44 da Lei n.º 9.430/96 não modificaram o aspecto material da regra matriz de incidência das prescrições punitivas em questão, tendo apenas alterando o percentual da multa isolada e afastado a sua possibilidade de agravamento, com alteração topográfica que retirou a previsão da exigência isolada da multa do parágrafo 1.º, IV, alocando-a no inciso II do *caput*.

Diversas foram as tentativas de limitar o alcance da redação que viria a ser sumulada no verbete de n.º 105, visando a vedar seu alcance às autuações decorrentes da aplicação da redação do art. 44 da Lei n.º 9.430/96 vigente até a edição da MP 351, mas todas sem sucesso.

Fica claro, portanto, que todo o raciocínio que ensejou a consolidação do entendimento do colegiado no verbete sumular de n.º 105 remanesce aplicável diante da ausência de alteração de suas premissas fundantes.

No caso em questão, verifica-se a patologia apontada pelo Conselheiro Caio Cesar Nader Quintella, impondo-se óbice à aplicação da multa isolada em virtude da impossibilidade de se punir, concomitantemente, a conduta-meio e a conduta-fim.

#### 8.4 IMPOSSIBILIDADE DE EXIGÊNCIA DAS MULTAS EM CASO DE DUVIDA

A Recorrente defende que caso venha-se a decidir pela manutenção do lançamento e tal decisão não ocorra **por unanimidade de votos**, seria **razoável considerar haver, no mínimo, dúvida quanto à ocorrência da infração**, o que demandaria, pela aplicação do art. 112 do CTN, a interpretação da lei tributária que define infrações e lhes comina penalidades de maneira mais favorável ao acusado.

A DRJ, a esse respeito, encampou o entendimento manifestado em alguns Acórdãos do CARF, transcrevendo-o. Vejamos:

*“Acórdão n.º 1201-003.588*

*MULTA. EXCLUSÃO DE PENALIDADE. APLICAÇÃO DO ART. 112 DO CTN. IMPOSSIBILIDADE.*

*Não há espaço para a aplicação do art. 112 do CTN quando não há dúvida quanto à interpretação da legislação que rege a sanção cominada.*

*O fato de haver empate na votação, o que conduz ao voto de qualidade, não configura motivo para invocar o art. 112 do CTN, porquanto no caso de decisão administrativa definitiva desfavorável o sujeito passivo ainda pode recorrer ao Poder Judiciário, regra que não se aplica ao Fisco.”*

*“Acórdão n.º 1301-004.392*

*MULTA. DECISÃO POR VOTO DE QUALIDADE. ART. 112 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. INAPLICABILIDADE.*

*O voto de qualidade, adotado no processo administrativo tributário, é critério de decisão para casos de empate na votação, não caracterizando dúvida acerca da existência ou da qualificação do fato considerado no lançamento como infração.”*

*“Acórdão n.º 1201-003.310*

*JULGAMENTO. VOTO DE QUALIDADE. DÚVIDA.*

*Não há que se falar em existência de dúvida em uma decisão do colegiado tomada mediante voto de qualidade, adotado para solucionar um impasse. Nesse caso, não há campo para a aplicação do artigo 112 do CTN.” (grifou-se)*

Da fundamentação do Acórdão n.º 1201-003.588, por sua vez, transcreve-se:

*“Multa – aplicação do art. 112 do CTN*

*50. Segundo a recorrente, mantida a cobrança do tributo, não seria possível a imposição de multa em razão da aplicação do art. 112 do CTN, uma vez que, no caso de empate de votos, é razoável considerar que há, no mínimo, dúvida quanto à ocorrência da infração.*

*51. Segundo o art. 112 do CTN a lei tributária que definir infrações ou lhe cominar penalidades deve ser interpretada de maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida quanto: i) à capitulação legal do fato; ii) à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos; iii) à autoria, imputabilidade, ou punibilidade; v) à natureza da penalidade aplicável, ou à sua graduação.*

*52. No caso em análise não me parece haver dúvida quanto ao alcance das normas aplicadas. O que houve foi interpretação diversa da pretendida pela recorrente.*

*53. Quanto ao fato de haver empate na votação, o que conduz ao voto de qualidade, também não me parece motivo razoável para invocar o art. 112 do CTN, porquanto além de não haver previsão legal que permita a redução pleiteada, no caso de decisão administrativa definitiva desfavorável, o sujeito passivo ainda poderá recorrer ao Poder Judiciário, regra que não se aplica ao Fisco.*

*54. Ante o exposto, nego provimento em relação à matéria.” (grifou-se)*

Os acórdãos transcritos tratam dos casos em que, diante do empate nas votações, profere-se voto de qualidade contrariamente ao contribuinte. A dinâmica do voto de qualidade sofreu alterações com a inserção do art. 19-E na Lei n.º 10.522/2002 e sua posterior revogação.

Particularmente, entendo que o voto de qualidade tal qual preconizado pelo art. 25, §9º do Decreto n.º 70.235/72 e regrado pelo Art. 54 do RICARF (portaria MF n.º 343, de 09 de junho de 2015)<sup>9</sup> não deveria ser visto como a atribuição de peso dobrado ao posicionamento do presidente que seja desfavorável ao contribuinte, mas da atribuição ao presidente da turma julgadora do dever de proferir novo voto adicional (“*além do voto ordinário*” como diz o RICARF) provocando o desempate atendendo ao art. 112 do CTN diante da constatação de que, *em um cenário de empate nas votações*, objetiva-se a dúvida do colegiado acerca do adequado desfecho da matéria. Penso ser esta a interpretação conforme do RICARF e do Decreto n.º 70.235/72 à luz do art. 112 do CTN.

Tal cenário de dúvida objetiva somente se concretiza, ao meu ver, em caso de empate nas votações, já que a existência de divergência entre os julgadores que não resulte no empate é inerente aos julgamentos de órgãos colegiados, mas a ocorrência do empate que demanda a emissão de voto adicional (de qualidade) externaliza a polarização equilibrada entre seus componentes e, assim, a dúvida do órgão que só pode ser sanada por mecanismo de desempate destinado evitar o *non liquet*.

A tese foi encampada, e com isso foi ressuscitada na seara tributária, no julgamento de questão de ordem suscitada pelo Ministro Ayres Brito na Ação Penal n 470, em que o STF decidiu que o princípio do *in dubio pro reo* seria aplicável no caso de empate no julgamento.

Na ocasião, com a presença de apenas 10 membros compondo o colegiado, o Ministro Ayres Brito<sup>10</sup> suscitou a questão acolhida pelo colegiado:

“O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE) - Senhores Ministros, agora, em continuidade de julgamento, alcançamos a fase da dosimetria e o que me cabe é passar a palavra, pela ordem, à Sua Excelência o Ministro-Relator Joaquim Barbosa.

Entretanto, a título de questão de ordem, eu gostaria de encaminhar a votação ou o entendimento de que, em caso de empate, prevalece a tese da absolvição do réu.

Prevalece a absolvição do réu, em caso de empate, porque ela exprime ou se revela como projeção do princípio constitucional da presunção de não culpabilidade, além disso seja porque o conceito do Plenário e do próprio Tribunal, como unidade decisória – o acórdão é do Colegiado -, quer o Tribunal estaticamente considerada na Constituição e nas leis, quer dinamicamente considerado, ele, Tribunal, há de permanecer uno. E o fato é que, diante do empate, o Tribunal se vê dividido, e não na posse da sua inteireza, da sua unidade; unidade que somente se obtém pela aplicação do princípio constitucional da majoritariedade, que é o princípio constitucional da maioria dos votos de cada julgador.

Portanto, eu resolvo a questão de ordem no sentido de que, em caso de empate, a proclamação do resultado é pela absolvição do réu.”

<sup>9</sup> Art. 54. As turmas só deliberarão quando presente a maioria de seus membros, e suas deliberações serão tomadas por maioria simples, cabendo ao presidente, além do voto ordinário, o de qualidade.

<sup>10</sup> Ação Penal n.º 470/MG. STF. Tribunal Pleno. Rel. Joaquim Barbosa. Inteiro teor. fls. 57868/57869.

Muito embora tal ressuscitação tenha decorrido de decisão proferida pelo STF na seara penal, a mesma lógica é aplicável às multas tributárias de caráter punitivo em virtude do art. 112 do CTN, que positivou no Direito Tributário a regra do *in dubio pro reo*, assentando e delimitando sua aproximação com o direito penal, em matéria de penalidades. É o que nos ensina Roberto Codorniz Leite Pereira, em profunda pesquisa acerca das origens do art. 112 do CTN e sua interface com o regime do voto de qualidade no processo administrativo fiscal federal<sup>11</sup>

Assim, caso haja empate nas votações acerca da dedutibilidade do ágio, penso ser o caso de afastar a aplicação da multa de ofício por aplicação direta do art. 112 do CTN, já que há dúvida quando à capitulação dos fatos como infracionais à lei tributária da qual emana a aplicação da multa de ofício. Afinal, se metade dos membros do colegiado entendeu que a conduta praticada estava escorada na legislação tributária, não se poderia impor sobre o contribuinte de quem não seria exigível ter mais certezas do que teve a própria administração.

#### 8.5 COMPENSAÇÕES E RETIFICAÇÕES INDEVIDAS DE PREJUÍZO FISCAL E BASE DE CÁLCULO NEGATIVA DA CSLL

Como consequência do exposto e defendido que, na visão da Recorrente, daria ensejo ao cancelamento da autuação, defende entende impertinente a retificação dos saldos de prejuízo fiscal e de base negativa da CSLL feita pela Autoridade Fiscal (fls. 02/67 dos autos), que mereceriam ser reestabelecidos.

A esse respeito, a retificação dos saldos de prejuízo fiscal e de base negativa da CSLL deve respeitar os estritos limites da parcela mantida das glosas em questão.

### 9 DISPOSITIVO

Pelo exposto, conheço do recurso voluntário para, no mérito, dar-lhe provimento parcial, para reconhecer a dedutibilidade dos ágios apurados tanto do Lucro Real como da base de cálculo da CSLL.

(documento assinado digitalmente)

Lucas Issa Halah

### Voto Vencedor

Conselheiro Neudson Cavalcante Albuquerque, Redator designado.

---

<sup>11</sup> PEREIRA, Roberto Codorniz Leite. A controvertida aplicação do artigo 112 do CTN em julgamentos administrativos: o estudo do caso 'Petrobras'. Revista Dialética de Direito Tributário, v. 237, p. 120-138, 2015.

O colegiado acompanhou o voto da Ilustre Relatora quando este afastou as questões preliminares e prejudiciais trazidas no Recurso Voluntário. Todavia, sem embargo de reconhecer o mérito do substancial voto do ilustre Relator, o entendimento majoritário no Colegiado foi diferente em relação à parte do recurso voluntário que tratou da glosa das despesas com os ágios no cálculo do IRPJ e da CSLL e que tratou da multa isolada sobre as estimativas pagas a menor, cabendo a mim redigir o correspondente voto vencedor, que está dividido conforme as questões acima apontadas.

Ademais, o relator trouxe as suas razões para votar quanto às questões subsidiárias à resolução do mérito. Contudo, tais questões também serão objeto deste voto.

### **1. Decadência parcial**

O recorrente propugna pelo reconhecimento da decadência da parcela do crédito tributária relativa a fatos geradores ocorridos no ano 2013.

De fato, o contribuinte teve ciência dos presentes lançamentos tributários em 17/12/2019 (fls. 351), o que levaria à homologação tácita dos lançamentos por homologação das obrigações com fato gerador anterior a 2014, nos termos do artigo 150, §4º, do CTN.

Todavia, considerando que a fiscalização apontou o dolo do contribuinte em relação às infrações tributárias expostas, a decisão de primeira instância afastou a incidência do referido artigo 150, §4º, do CTN e manteve a exigência em sua integralidade.

Na presente decisão, o Colegiado entendeu que o apontado dolo não havia sido configurado, conforme será melhor exposto quando for declinado o voto em relação à qualificação da multa de ofício. Assim, a decisão recorrida perde o seu fundamento nesse ponto e deve ser reformada, no sentido de se reconhecer a decadência parcial da exigência tributária, devendo ser exonerada, por consequência, a parte da exigência tributária relativa aos fatos geradores ocorridos em 31/12/2013.

### **2. Ágio – glosa de despesas de amortização – IRPJ e CSLL**

A fiscalização glosou a dedução de despesas com a amortização de três registros de ágio. O primeiro foi registrado pela PURUS, quando esta adquiriu participação na CRH. O segundo foi registrado pela MAGNESITA quando esta também adquiriu participação na CRH. O terceiro foi registrado pela MUKDEN quando esta adquiriu participação na MAGNESITA. Trataremos as três glosas separadamente.

#### **ÁGIO ORIGINALMENTE ANOTADO PELA PURUS**

Em benefício da clareza, vamos sintetizar as operações societárias correspondentes a esse ágio, ainda que de forma redundante em relação ao relatório desse acórdão.

Inicialmente, a empresa REARDEN-2 é controladora da empresa CRH e adquire a empresa veículo MUKDEN. Esta, por sua vez, é controladora da empresa veículo PURUS.

Em seguida, a PURUS adquire 54,41% da CRH, da sua própria controladora REARDEN-2. Nesse momento, a PURUS registrou um ágio superior a R\$ 166 milhões.

A fiscalização apontou a impossibilidade desse registro e devo corroborar esse entendimento.

Trata-se de operação que não atende a dois requisitos para o registro de um ágio: operação entre partes independentes e esforço econômico do adquirente. Nessa operação, a REARDEN-2, controladora da CRH, apenas transmitiu para a PURUS parte de suas ações, em uma operação meramente escritural, contudo atribuindo-lhe um valor diferente do seu valor patrimonial. Essa valorização das ações que a REARDEN-2 possuía da CRH, dissimulada em uma operação societária não pode ser oposta à Fazenda Pública como se fosse um ágio. Nesse sentido, há ampla jurisprudência neste CARF e é assim que vem se posicionando esta Turma de Julgamento. Cito apenas a recente decisão proferida por meio do Acórdão nº 1201-006.190, de 17/10/2023, o qual adotou a seguinte ementa:

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO INTERNO. INDEDUTIBILIDADE.

Deve ser mantida a glosa da despesa de amortização de ágio que foi gerado internamente ao grupo econômico, sem qualquer dispêndio e transferido à pessoa jurídica que foi incorporada.

Contudo, a análise deve prosseguir, pois a glosa se deu quando a MAGNESITA passou a deduzir a amortização desse ágio. Isso de seu porque a MAGNESITA adquiriu e incorporou a PURUS, cedendo parte de suas ações à MUKDEN.

A fiscalização entendeu que a anotação de ágio feita pela PURUS, ainda que fosse oponible à Fazenda pela PURUS, não poderia ser transferida para a MAGNESITA em razão da apontada incorporação. Tal entendimento foi corroborado pela decisão ora recorrida.

O recorrente combate esse entendimento, afirmando que o ágio é um bem acessório que deve seguir o principal, conforme o seguinte excerto (fls. 3368):

No entanto, tal assertiva carece de fundamento, uma vez que o art. 386 do RIR/99, não restringe a transferência do ágio, como pretendeu indicar a Autoridade Fiscal e a Turma Julgadora, no caso do ágio registrado na Purus.

Pelo contrário: a lógica da permissão da dedutibilidade do ágio, fundamentado na expectativa de rentabilidade futura, nas hipóteses de cisão, fusão e incorporação, nada mais é do que o reconhecimento de que o ágio deverá, sempre, acompanhar o investimento que lhe é subjacente - o qual justificou seu pagamento.

[...]

De fato, o ágio somente existe em função do ativo que é a ele vinculado. Trata-se de um acessório (ágio) que necessariamente deve seguir o principal (investimento). A sua amortização, como mencionado, decorre do fundamento econômico a ele subjacente (no presente caso, a rentabilidade da CRH, ativo detido pela Purus na ordem de 54,41%, incorporado pela Magnesita).

Ademais, destaque-se que a amortização do ágio é a forma contábil de se registrar a perda de valor no tempo de um ativo intangível em função de seu uso. O

mesmo ocorre com os ativos tangíveis da sociedade, que têm seu valor ajustado no tempo pela depreciação ou pela exaustão.

Inicialmente, deve ser salientado que a MAGNESITA adquiriu a PURUS pelo seu valor patrimonial, ou seja, não houve ágio da MAGNESITA na aquisição da PURUS, pelo que não há que se falar em “despesa” ou perda de capital que desse ensejo a uma dedução tributária. O que está se tratando aqui é da transferência para a MAGNESITA da anotação do ágio feita pela PURUS quando esta adquiriu a CRH.

O entendimento alcançado pelo colegiado nessa situação foi pela impossibilidade dessa transferência.

A questão tem como cenário jurídico dispositivos dos Decreto-Lei nº 1.598/1977, combinados com dispositivos da Lei nº 9.532/1977, a seguir transcritos, com a redação vigente na época dos fatos:

A interpretação literal dos citados dispositivos do Decreto-Lei nº 1.598/1977 e da Lei nº 9.532/1977 autoriza afirmar que o ágio na aquisição de participação societária deve ser escriturado de forma segregada para que possa ser considerado na apuração de eventual ganho ou perda de capital por oportunidade da alienação ou liquidação do investimento. A exceção a essa regra ocorre quando a empresa investidora absorve o patrimônio da empresa da qual detém participação societária (e vice-versa), ocasião em que o ágio pode ser deduzido na apuração do lucro real.

Portanto, a amortização do ágio sem que haja a liquidação do bem adquirido é uma exceção à regra e o texto normativo que a estipula deve ser assim interpretado.

Na espécie, o ágio foi anotado quando a PURUS adquiriu parte da CRH. É incontroverso o fato de que a PURUS não absorveu o patrimônio da CRH, ou vice-versa. Assim, não há situação fática que sustente a aplicação dos referidos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997.

O contribuinte defende a tese de que o direito à dedução do ágio surgido na aquisição da CRH pela PURUS teria sido transferido para a MAGNESITA. Todavia, não há previsão legal para essa alegada transferência. O contribuinte tenta dá uma interpretação deveras extensiva para o texto dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, o que não é permitido dentro da técnica da hermenêutica jurídica, quando a regra em tela tem natureza de exceção. Embora a vedação à interpretação extensiva de regras de exceção seja elementar na ciência jurídica, vou buscá-la em uma fonte jurisdicional, para tê-la em redobrada legitimidade, no caso, a decisão do REsp 853086/RS, relatada pela Ministra Denise Arruda, de cuja ementa transcrevo o seguinte excerto:

9. Ademais, relativamente à Lei 6.681/79, a qual estabeleceu ressalva à fiscalização dos médicos, cirurgiões-dentistas e farmacêuticos militares pelas Forças Armadas, saliente-se que, em se tratando de regra de exceção, torna-se inviável a utilização de exegese ampliativa ou analógica. É inadequada a interpretação extensiva e a aplicação da analogia em relação a dispositivos infraconstitucionais que regulam situações excepcionais, porquanto enseja privilégio não previsto em lei.

10. "As disposições excepcionais são estabelecidas por motivos ou considerações particulares, contra outras normas jurídicas, ou contra o Direito comum; por isso não se

estendem além dos casos e tempos que designam expressamente" (MAXIMILIANO, Carlos, ob. cit., pp. 225/227).

[...]

12. Por fim, ressalte-se que a Administração Pública, direta ou indireta, somente pode atuar dentro dos limites da lei, de maneira que a ausência de previsão legal há de ser interpretada como ausência de liberação para o exercício de poder jurídico. Desse modo, "em atendimento ao princípio da legalidade estrita, o administrador público, na sua atuação, está limitado aos balizamentos contidos na lei, sendo descabido imprimir interpretação extensiva ou restritivamente à norma, quando esta assim não permitir" (AgRg no REsp 809.259/RJ, Rei. Min. Laurita Vaz, DJe de 13.10.2008).

Além de não possuir previsão legal, a tese do recorrente esbarra em uma impossibilidade material, a ver.

O Código Civil Brasileiro, no seu artigo 997<sup>12</sup>, III, permite que o capital da sociedade empresária seja compreendido por qualquer espécie de bens, desde que suscetíveis de avaliação pecuniária. Esse dispositivo legal não menciona, mas é certo que a expressão "qualquer espécie de bens" não é absoluta, pois o bem indicado para compor o capital social de uma sociedade deve ser disponibilizado pelo seu proprietário e sabe-se que há bens indisponíveis, em razão de lei ou em razão de sua própria natureza. Na ciência jurídica, tais bens são denominados "fora de comércio".

Por exemplo, não se pode integralizar o capital de uma sociedade com um automóvel se ele tiver sido declarado indisponível por meio de uma decisão judicial. Também, por exemplo, não se pode fazer uma integralização de capital com o conhecimento em Direito detido pelo pretendido sócio, por ser impossível destacá-lo da pessoa que o detém. Nesses casos, a eventual cláusula contratual correspondente não teria validade jurídica.

Na espécie, não há dúvida de que as ações da PURUS são bens e podem ser alienados. Também não há dúvida de que o ágio é um bem, mas perquire-se se ele pode ser alienado. Para tanto, é necessário um aprofundamento quanto a sua natureza.

Saliente-se que aquilo que temos chamado aqui de "ágio" não é o recurso financeiro dado a mais do valor patrimonial das ações da CRH, isso é apenas a sua medida. Tampouco é o registro contábil desse valor. O que temos chamado de "ágio" é uma expectativa de direito, oponível contra o Fisco, de pagar menos tributo no momento da alienação ou liquidação das ações da CRH (artigo 33 do Decreto-Lei nº 1.598/1977) ou de pagar menos tributo se houver a absorção do patrimônio da CRH pela PURUS (artigo 7º Lei nº 9.532/1997), ou o contrário (artigo 8º da mesma lei). Trata-se de uma expectativa, pois o direito, na verdade, somente surge quando atendidas as condições legais.

Em razão de ser criado por uma lei, em que são estipuladas condições para o seu exercício, o que temos chamado de "ágio" é um bem jurídico condicionado, ou seja, uma expectativa de direito que somente ganha concretude mediante o atendimento das condições

---

<sup>12</sup> Art. 997. A sociedade constitui-se mediante contrato escrito, particular ou público, que, além de cláusulas estipuladas pelas partes, mencionará:

III - capital da sociedade, expresso em moeda corrente, podendo compreender qualquer espécie de bens, suscetíveis de avaliação pecuniária;

estipuladas nas leis que a criou. Por ser oponível apenas contra o Fisco, o "ágio" é bem jurídico condicionado de natureza tributária.

Saliente-se, ainda, que as condições legais para o surgimento do direito subjetivo somente pode ocorrer uma única vez, ou seja, a PURUS pode alienar uma mesma ação da CRH apenas uma única vez (artigo 33 do Decreto-Lei nº 1.598/1977) e somente pode haver a absorção de um patrimônio entre PURUS e CRH apenas uma única vez. Assim, o "ágio" é um bem que se exaure no momento em que surge.

Em resumo, o "ágio" é uma expectativa de direito condiciona que se exaure no momento de sua realização e, sendo assim, é um bem indisponível, pela sua própria natureza, não sendo apto a integralizar capital social subscrito.

Em razão dessa sua natureza, as normas contábeis brasileiras determinam que o registro do "ágio" com fundamento em expectativa de rentabilidade futura seja escriturado como um "ativo fiscal diferido", nos termos dos itens 5 e 32A do Pronunciamento Técnico CPC 32, do Comitê de Pronunciamentos Contábeis, que trata dos Tributos sobre o Lucro, *verbis*:

5. Os seguintes termos são utilizados neste Pronunciamento com os significados especificados:

[...]

Ativo fiscal diferido é o valor do tributo sobre o lucro recuperável em período futuro relacionado a:

- (a) diferenças temporárias dedutíveis;
- (b) compensação futura de prejuízos fiscais não utilizados; e
- (c) compensação futura de créditos fiscais não utilizados.

[...]

32 A. Se o valor contábil do ágio derivado da expectativa de rentabilidade futura (goodwill) que surgir de combinação de negócios for menor do que a sua base fiscal, a diferença dá margem a ativo fiscal diferido. O ativo fiscal diferido advindo do reconhecimento inicial do ágio será reconhecido como parte da contabilização de combinação de negócios na medida em que for provável que estará disponível lucro tributável contra o qual a diferença temporária dedutível poderá ser utilizada.

Embora esta norma contábil não estivesse em vigor na época da aquisição da CRH, ela ilustra bem a natureza do bem adquirido pela MAGNESITA.

É inquestionável o fato de que o titular original do "ágio" é a PURUS.

Também é inquestionável o fato de que nunca houve absorção patrimonial entre as entidades PURUS e CRH, o que implica dizer que a PURUS nunca adquiriu o direito de reduzir o pagamento de tributos em razão do artigo 7º Lei nº 9.532/1997.

Não é possível afirmar que a MAGNESITA adquiriu um direito subjetivo que a PURUS sequer tinha, na medida em que possuía apenas uma expectativa.

Também não é possível afirmar que a MAGNESITA adquiriu a expectativa de direito da PURUS, pois tal expectativa desapareceu no mesmo momento em que desapareceu a sua titular. Em outras palavras, o requisito legal para a amortização antecipada do ágio era a absorção patrimonial entre a PURUS e a CRH. Quando a PURUS foi absorvida pela MAGNESITA, essa possibilidade deixou de existir, pois o patrimônio da PURUS deixou de existir, passou a ser patrimônio da MAGNESITA.

O recorrente defende que o fato de o patrimônio da PURUS continuar existindo, agora como patrimônio da MAGNESITA, permitiria acionar o artigo 7º Lei nº 9.532/1997 quando houvesse a absorção patrimonial entre a MAGNESITA e a CRH. Contudo, essa é uma interpretação extensiva dessa norma, o que é defeso quando se trata de uma regra de exceção, conforme demonstrado acima.

Ademais, na espécie, ainda que fosse admitida a extensão da aplicação do artigo 7º da Lei nº 9.532/1997 para a MAGNESITA, ainda assim, o ágio em tela não poderia ser amortizado antecipadamente, pois nunca houve a necessária absorção patrimonial entre a MAGNESITA e a CRH, conforme será detalhado mais adiante, quando for analisado o ágio anotado originalmente pela MAGNESITA.

Com isso, o entendimento preponderante no colegiado foi no sentido de afastar a dedutibilidade desse ágio na apuração do IRPJ e da CSLL.

#### ÁGIO ORIGINALMENTE ANOTADO PELA MAGNESITA

Em benefício da clareza, também vamos sintetizar as operações societárias correspondentes a esse ágio, ainda que de forma redundante em relação ao relatório desse acórdão.

Na mesma ocasião em que parte das ações da CRH foi alienada para a PURUS, as ações remanescentes foram alienadas para a MAGNESITA e esta registrou um ágio superior a R\$ 143 milhões.

Quando a MAGNESITA incorporou a PURUS, ela passou a deter 100% do capital da CRH.

Posteriormente, a CRH adquiriu a empresa veículo EDRJ91 e a interpôs na sua cadeia societária, de forma que a EDRJ91 passou a ser a titular LIC, a qual é a holding da empresa operacional REARDEN, alvo final da aquisição, em meio ao ciclo de mutações societárias realizadas.

Em seguida, a MAGNESITA adquiriu a EDRJ91 e esta incorporou a CRH.

Ao final, a MAGNESITA incorporou a EDRJ91 e passou a amortizar o ágio anotado pela aquisição direta de parte CRH, bem como pela aquisição indireta da parte remanescente, via incorporação da PURUS.

A fiscalização glosou a dedução das referidas amortizações por entender que não haviam sido atendida a condição legal determinada no artigo da Lei nº 9.532/1997, que é a absorção do patrimônio da empresa investida (CRH) pela empresa investidora (MAGNESITA),

considerando que a MAGNESITA não incorporou a CRH, mas a sua sucessora EDRJ91. Tal entendimento foi corroborado na decisão recorrida.

O recorrente defende que a incorporação da EDRJ91 autoriza a amortização do ágio registrado por ocasião da aquisição da CRH, considerando que a EDRJ91 incorporou a CRH. Em outras palavras, o recorrente defende que a aquisição indireta do patrimônio da CRH, por meio da aquisição da EDRJ91, equivale à aquisição direta da CRH.

O argumento do recorrente é razoável quando a análise se situa no campo econômico. Contudo, o objeto do presente processo é um mecanismo de natureza tributária, qual seja, a dedução de despesa na apuração do IRPJ e da CSLL. Da mesma forma que não se pode analisar uma configuração econômica conforme as regras rígidas do Direito Tributário, também não se pode analisar uma configuração tributária conforme as regras liberais do Direito Civil.

Conforme já foi demonstrado antes, a regra contida no artigo 7º da Lei nº 9.532/1997, a qual permite a antecipação da amortização de um ágio registrado, é uma exceção à regra geral, pela qual um ágio registrado somente terá efeito tributário quando da liquidação do bem adquirido com ágio. Sendo uma regra de exceção, o referido artigo 7º da Lei nº 9.532/1997 deve ser interpretado de forma a evitar extensões e ampliações de seu alcance, conforme também já foi demonstrado acima.

É certo que a MAGNESITA absorveu o patrimônio da EDRJ91, o que é diferente do patrimônio da CRH, contra a qual foi registrado o ágio. Dessa forma, não pode ser aplicado o referido artigo 7º da Lei nº 9.532/1997 na espécie.

Com isso, o entendimento preponderante no colegiado foi no sentido de afastar a dedutibilidade desse ágio na apuração do IRPJ e da CSLL.

#### ÁGIO ORIGINALMENTE ANOTADO PELA MUKDEN

Em benefício da clareza, também vamos sintetizar as operações societárias correspondentes a esse ágio, ainda que de forma redundante em relação ao relatório desse acórdão.

A empresa MUKDEN era uma empresa veículo interposta pela empresa REARDEN-2 na sua cadeia societária com a finalidade de alienar a empresa REARDEN para a empresa MAGNESITA. O único bem da MUKDEN era a totalidade das ações da empresa PURUS, também uma empresa veículo interposta com a mesma finalidade, sendo que a PURUS, no momento em tela, já havia adquirido, da sua controladora indireta REARDEN-2, ações correspondentes a 54,41% da empresa CRH, a qual, por sua vez, era controladora indireta de REARDEN.

É importante salientar que a PURUS, ao adquirir a referida participação da CRH da sua controladora REARDEN-2, registrou um ágio, o que já foi abordado acima, quando se chegou ao entendimento de que este ágio era inexistente, uma vez que não houve um esforço econômico da REARDEN-2 e a operação se deu dentro da mesma cadeia acionária que ligava a REARDEN-2 à CRH, com a interposição da empresa veículo PURUS.

A operação em tela diz respeito à aquisição de parte da MAGNESITA pela MUKDEN, em que esta deu em pagamento a totalidade das ações da PURUS. Nesse momento, a MUKDEN registrou um ágio.

A fiscalização entendeu que este ágio era uma reiteração do mesmo ágio da PURUS, uma vez que o pagamento realizado pela MUKDEN para a MAGNESITA incorporou o ágio anotado pela PURUS. A decisão recorrida corroborou esse entendimento, conforme o seguinte excerto (fls. 127):

158. Verifica-se claramente que a origem da operação é uma só, ou seja, aquisição pela fiscalizada de 54,41% das unidades operacionais da Rearden no exterior em troca de 23.457.778 ações da Magnesita Refratários, porém, ao incorporar a Mukden estamos diante de uma duplicidade do ágio pelo mesmo evento, ou seja, uma simples troca de ações entre empresas acabou gerando dois ágios de vultoso valor na Magnesita quando esta incorporou a Mukden e a Purus; um ágio no valor de R\$261.392.218,12 e outro no valor de R\$166.937.856,43, sendo que o valor base para o cálculo desses ágios foi o mesmo, ou seja, R\$487.591.254,00.

O recorrente combate esse entendimento, afirmando a independência entre as duas operações, ou seja, entre a operação de aquisição da CRH pela PURUS e a operação de aquisição parcial da MAGNESITA pela MUKDEN, conforme o seguinte excerto (fls. 3377):

Verifica-se, assim, que não existe duplicidade entre o ágio registrado na Purus e o ágio registrado na Mukden. Isso porque, o ágio registrado pela Purus foi auferido com base na aquisição de participação societária na CRH, integralizada pela Rearden 2. Por outro lado, o ágio registrado pela Mukden refere-se à aquisição de ações da própria Recorrente, em razão da incorporação por ela da Purus (então controlada da Mukden), conforme já destacado.

Ou seja, são operações distintas, tanto que na incorporação da Purus a Impugnantbe figura como controladora, já no ágio da Mukden a Recorrente figura como controlada, confira-se:

Entendo que não procede a afirmação de total independência entre essas duas operações, uma vez que o pagamento da segunda foi feito com o fruto da primeira. São duas operações societárias distintas, mas que estão intrinsecamente relacionadas exatamente por um dos fatores elementares do ágio: o valor da aquisição.

A empresa PURUS foi dada em pagamento e o valor considerado incluiu o valor do ágio anotado na ocasião da compra da CRH. Sobre isso, cabem duas considerações, ambas desfavoráveis à tese do recorrente.

Primeiramente, se o ágio anotado pela PURUS foi aqui considerado inexistente, conforme demonstrado acima, então a MUKDEN não poderia majorar o valor da PURUS com esse ágio, para fins do pagamento da presente aquisição da MAGNESITA.

Ademais, ainda que o ágio anotado pela PURUS fosse válido, ele não poderia ser dado em pagamento, ao ser incorporado ao valor patrimonial da PURUS, pois a anotação do ágio é bem fora de comércio, conforme já demonstrado acima.

De toda sorte, o valor da aquisição foi indevidamente majorado pela MUKDEN. A adequação desse valor afasta a existência do ágio anotado pela MUKDEN.

Com isso, o entendimento preponderante no colegiado foi no sentido de afastar a dedutibilidade desse ágio na apuração do IRPJ e da CSLL.

### **3. Ágio – glosa de despesas de amortização – argumento adicional para a CSLL**

Além dos argumentos tratados no item anterior, o recorrente combate a glosa da despesa com ágio na apuração da CSLL com o fundamento adicional de que as regras de dedutibilidade aplicáveis na apuração do lucro real não poderiam ser estendidas automaticamente, sem previsão legal, para a apuração dessa contribuição, considerando que o investimento é avaliado pela equivalência patrimonial.

A questão adicional trazida pelo recorrente já foi objeto de amplo debate nas turmas de julgamento desta Primeira Seção do CARF, mas entendo que já se pode notar uma convergência no sentido de afastar a tese defendida pelo recorrente, de que o ágio é dedutível na tributação da CSLL em razão da alegada ausência de dispositivo legal que a vede. Essa tendência pode ser notada em decisões no âmbito das câmaras baixas e também nas decisões da Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF), que vêm reformando, por maioria, as decisões das câmaras baixas que exoneraram o ágio da tributação da CSLL.

Por exemplo, o Acórdão n.º 1301-001.893 foi reformado por meio do Acórdão n.º 9101-003.002, de 08/08/2017, quando foi adotada a seguinte ementa:

#### **AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO INDEDUTIBILIDADE.**

E vedado, para fins de apuração da base de cálculo da CSLL, a dedução de quotas de amortização de ágio pago na aquisição de investimentos.

Na mesma linha está o recente Acórdão n.º 9101-003.839, de 03/10/2018, o qual adotou a seguinte ementa:

#### **ÁGIO. AMORTIZAÇÃO. ADIÇÃO À BASE DE CÁLCULO DA CSLL. EXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL.**

A adição, à base de cálculo da CSLL, de despesas com amortização de ágio deduzidas indevidamente pela contribuinte encontra amparo nas normas que regem a exigência da referida contribuição, conforme os itens 1 e 4 da alínea "c" do § 1º do art. 2º da Lei 7.689/88.

Nesse último julgamento, a CSRF reformou, por maioria de votos e superando o voto da relatora, a decisão oriunda da Terceira Câmara. Em razão de sua completude e clareza, adoto como razão de decidir aquela veiculada no respectivo voto vencedor, da lavra do Conselheiro Rafael Vidal de Araújo, a seguir transcrita:

A decisão recorrida defende, basicamente, reproduzindo considerações feitas pela contribuinte em seu recurso voluntário, que, ao contrário do que se verifica com relação ao IRPJ, para o qual a lei (arts. 389, § 1º; e 391 do RIR/1999) veda a dedutibilidade do ágio, inexistente disposição legal que imponha qualquer vedação semelhante para fins de apuração da CSLL. Assim, qualquer despesa de ágio amortizada contabilmente poderia ser aproveitada tributariamente na apuração da CSLL.

A Conselheira Relatora do presente julgamento expressa concordância com o disposto no acórdão recorrido ao votar pela negativa de provimento ao recurso especial da PGFN quanto ao tema, motivo pelo qual novamente peço vênha para expor meu posicionamento divergente.

Simplemente não vejo como prosperar a alegação de que inexistente previsão legal que determine a adição, à base de cálculo da CSLL, de despesas de amortização de ágio que sejam indedutíveis para fins de apuração do lucro real.

Os §§ do art. 2º da Lei n.º 7.689/88, que constam como fundamento legal do lançamento, trazem um impedimento para essa dedução:

Art. 2º A base de cálculo da contribuição é o valor do resultado do exercício, antes da provisão para o imposto de renda.

§ 1º Para efeito do disposto neste artigo:

- a) será considerado o resultado do período-base encerrado em 31 de dezembro de cada ano;
- b) no caso de incorporação, fusão, cisão ou encerramento de atividades, a base de cálculo é o resultado apurado no respectivo balanço;
- c) o resultado do período-base, apurado com observância da legislação comercial, será ajustado pela: (Redação dada pela Lei n.º 8.034, de 1990)

1 - adição do resultado negativo da avaliação de investimentos pelo valor de patrimônio líquido; (Redação dada pela Lei n.º 8.034, de 1990)

(...)

4 - exclusão do resultado positivo da avaliação de investimentos pelo valor de patrimônio líquido; (Redação dada pela Lei n.º 8.034, de 1990)

(...)

O artigo ordena a adição do resultado negativo e a exclusão do resultado positivo decorrentes da avaliação de investimentos pelo MEP.

O voto que orientou o Acórdão n.º 1302-001.170, de 11/09/2013, da lavra do Conselheiro Alberto Pinto Souza Júnior, que acolho como razões de decidir, explicita bem o impedimento para a dedução da amortização de ágio no âmbito da CSLL:

"Entendo que a despesa de amortização do ágio é despesa indedutível na apuração da base de cálculo da CSLL, por força dos itens 1 e 4 do dispositivo acima transcrito, os quais deixam claro a finalidade da norma de tornar o MEP neutro na apuração da CSLL. A avaliação do investimento pelo MEP influencia o cálculo da CSLL em caso de alienação ou liquidação do investimento, já que esse seria o valor contábil do investimento a ser considerado. Além disso, se assim não fosse, contrario sensu, a receita decorrente da amortização do deságio seria tributada, o que não me parece razoável, mas seria inevitável chegar a tal conclusão caso se entenda dedutível a despesa de amortização do ágio.

Note-se que, se o ágio compõe o valor contábil do investimento e o MEP é apenas um método de avaliação do investimento, logo, é lógico que a amortização que reduz o ágio/deságio compõe "lato sensu" o resultado da avaliação do investimento pelo MEP, o qual seja positivo ou negativo não deve impactar a base da CSLL, como dispõe expressamente o dispositivo legal acima (itens 1 e 4 da alínea "c" do § 1º do art. 2º da Lei 7.689/88)."

Assim, se o ágio compõe o valor contábil do investimento e o MEP é apenas um método de avaliação do investimento; logo, é lógico que a amortização que reduz o ágio/deságio compõe "lato sensu" o resultado da avaliação do investimento pelo MEP, o qual, seja positivo ou negativo, não deve impactar a base da CSLL, conforme os itens 1 e 4 da alínea "c" do § 1º do art. 2º da Lei 7.689/1988.

Diante do exposto, voto por DAR PROVIMENTO ao recurso especial da PGFN para reformar o acórdão recorrido na parte em que este defende a inexistência de previsão legal de adição à base de cálculo da CSLL das despesas de amortização de ágio consideradas indedutíveis na apuração do lucro real.

Esse foi o entendimento preponderante no colegiado, no sentido de afastar a dedutibilidade do ágio na apuração da CSLL.

### **3. Outros argumentos relativos às glosas de dedução do ágio**

O recorrente ainda traz argumentos defendendo a necessidade da existência de empresas veículo nas operações societárias em tela, defendendo a impossibilidade de o Fisco determinar o modelo de negócio do contribuinte e defendendo a existência de propósito comercial nas operações societárias em tela. De fato, a acusação fiscal e a decisão recorrida tratam desses temas, o que dá ensejo ao questionamento do recorrente.

Essa Turma de julgamento tem adotado o entendimento de que não procede a glosa de dedução de ágio com fundamento exclusivo na utilização de empresa veículo na aquisição societária, ainda que essa utilização permita à empresa adquirida deduzir o ágio legitimamente existente na operação, apenas com a incorporação da empresa veículo. Todavia, a alegada ilegalidade na utilização de empresa veículo não foi o único fundamento da acusação fiscal e não está no fundamento da presente decisão, pelo que esse argumento do recorrente perdeu o seu objeto.

O mesmo se diga quanto ao debate a respeito do propósito comercial legítimo, ou não, nas presentes operações societárias.

Por fim, deve ser salientado que a fiscalização, em nenhum momento, pretendeu impor ao interessado qualquer modelo de negócio. A atividade da fiscalização limitou-se a analisar o modelo adotado com a finalidade de verificar a possibilidade de o contribuinte realizar as apontadas deduções tributárias. Portanto, não procede a reclamação do recorrente contra alegada ingerência da fiscalização sobre os seus negócios.

### **4. Qualificação da multa de ofício**

A fiscalização realizou os lançamentos tributários exigindo a multa de ofício qualificada pelo dolo do contribuinte, no percentual de 150%, nos termos do Art. 44, inciso I, e § 1º, da Lei nº 9.430/96, com a redação dada pelo art. 14 da Lei nº 11.488/07. Para tanto, adotou a seguinte fundamentação (fls. 115):

146. Em síntese, os últimos itens deste Termo nos revelam que a Magnesita Refratários S/A pretendia adquirir a Rearden (LWB) e para tanto montou uma estrutura complexa de desorganização societária seguida de reorganização societária, tudo em um período de apenas 2 meses, inclusive com a utilização de diversas empresas veículo no Brasil (Purus Participações Ltda., Mukden Participações Ltda. e

EDRJ91 Participações Ltda.) e em paraíso fiscal (Caribbean Refractories Holdings Ltd (CRH) com sede nas Ilhas Virgens Britânicas), única e exclusivamente para fazer surgir um ágio que posteriormente acabaria na própria fiscalizada e cujo resultado de sua utilização acabou por reduzir a base de cálculo e, como decorrência, o montante dos tributos devidos pela fiscalizada.

147. Ainda, os desenhos esquemáticos n.º 2 e 8 que nas palavras do Prof. Greco representam "os momentos anterior e posterior ao conjunto de etapas" são elementos primordiais na análise da operação como um todo (o filme, o conjunto) e demonstram claramente que a operação pretendida de compra e venda era simples, porém a fiscalizada armou complexa operação estruturada apenas para reduzir o montante dos tributos devidos e também para dar aparência de legalidade ao benefício fiscal de dedutibilidade das despesas de amortização com ágio. A operação de compra e venda está claramente descrita em Nota Explicativa às demonstrações financeiras dos exercícios findos em 31 de dezembro de 2008 e de 2007, conforme já detalhado nos itens 79 a 81 deste Termo de Verificação, e descrevem a essência da operação.

148. Essas condutas, aliadas à total falta de propósito em primeiro desorganizar-se para em seguida reorganizar-se, apenas e tão somente para fazer surgir na fiscalizada um ágio da qual a mesma se aproveitaria para reduzir o montante de seus tributos devidos, combinado com tudo o que já foi exposto neste Termo de Verificação, caracterizam o evidente intuito de fraude, configurando-se os casos previstos nos artigos 71 e 72 da Lei 4.502/64, o que impõe a qualificação da multa nos termos do § 1º do artigo 44 da Lei 9.430/96, com redação dada pelo artigo 14 da Lei 11.488/2007.

Verifico que o principal fundamento para a majoração da multa de ofício em tela é a realização de operações desnecessárias e com a utilização de empresas veículo.

Conforme já foi dito anteriormente, essa Turma de julgamento tem adotado o entendimento de que não procede a glosa de dedução de ágio com fundamento exclusivo na utilização de empresa veículo na aquisição societária, ainda que essa utilização permita à empresa adquirida deduzir o ágio legítimamente existente na operação, apenas com a incorporação da empresa veículo. Se a utilização de empresa veículo não seria motivo para a glosa, quando tomada isoladamente, muito menos é motivo para a qualificação da multa de ofício.

O recorrente afirma que o modelo adotado adquiriu a complexidade demonstrada nos autos em razão da impossibilidade de se adotar um modelo mais simples, que seria a emissão de novas ações pela MAGNESITA, as quais seriam trocadas por ações da REARDEN ou de sua controladora. Afirma que os sócios minoritários teriam preferência sobre as novas ações, o que poderia impossibilitar a troca de ações com a REARDEN-2. Entendo que tais argumentos são razoáveis e não foram afastados durante a auditoria fiscal

Com isso, o Colegiado entendeu que não há razão para qualificar a multa de ofício, de forma que esta deve ser exigida no percentual ordinário de 75%.

## **5. Multa isolada – antecipações mensais**

O recorrente propugna pela impossibilidade da exigência da multa isolada pelo recolhimento a menor de antecipações mensais do IRPJ e da CSLL (estimativas) quando já encerrado o período de apuração desses tributos. Subsidiariamente, ainda que possível tal

exigência, propugna pela impossibilidade da sua concomitância com a multa de ofício sobre o pagamento a menor do IRPJ e da CSLL, considerando que possuem a mesma base de cálculo.

Meu entendimento é no sentido de que não há óbice para a exigência da multa isolada em tela após o final do período de apuração dos correspondentes tributos, uma vez que o dispositivo legal que permite a exigência da multa isolada não faz essa restrição, *verbis*:

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

[...]

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.

Muito pelo contrário, uma leitura mais atenta desse dispositivo legal permite concluir que ele autoriza a aplicação da multa isolada após o final do período de apuração dos tributos, uma vez que prevê a sua exigência “ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal [...] no ano-calendário correspondente”.

Quanto ao segundo argumento do recorrente, entendo que não há a aludida identidade de bases de cálculo, uma vez que não pode haver tal identidade se não há sequer identidade de obrigações tributárias. Sendo a antecipação do tributo uma obrigação acessória, exigível mesmo quando não há tributo a recolher, apurado na data do fato gerador, ela não se confunde com a obrigação de pagar o tributo, sendo incomparáveis as suas bases de cálculo.

Embora possa haver, eventualmente, uma coincidência numérica, não se confundem suas naturezas jurídicas tributárias. Uma prova disso é que a multa isolada incide sobre o valor não antecipado mês a mês, enquanto a multa de ofício incide sobre o valor não recolhido relativo a todo o ano calendário. Assim, se o contribuinte deixa de antecipar três parcelas, deverá existir um lançamento de multa isolada para cada um dos meses, enquanto o reflexo sobre a apuração anual implicará um lançamento de multa de ofício pela soma dos três, pelo menos. Ademais se o contribuinte não antecipa a parcela de um mês, mas não a deduz da apuração anual, a base de cálculo da multa isolada será uma e a base de cálculo da multa de ofício será outra. Da mesma forma, se além das antecipações não realizadas, o contribuinte faz outras deduções indevidas, a base de cálculo da multa de ofício será maior que a soma das bases de cálculo das multas isoladas. Por último, são diferentes as matrizes legais de cada exação, inclusive com indicação de alíquotas divergentes.

A jurisprudência da Câmara Superior de Recursos Fiscais orienta o acolhimento da exigência simultânea das duas multas, embora as decisões venham sendo tomadas pelo voto de qualidade. Por exemplo, veja-se o recente Acórdão nº 9101-003.913, de 4 de dezembro de 2018, o qual adotou a seguinte ementa:

ESTIMATIVAS NÃO RECOLHIDAS. MULTA ISOLADA. CONCOMITÂNCIA COM A MULTA DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE.

Nos casos de falta de recolhimento de estimativas mensais de IRPJ posteriores à Lei n.º 11.488/2007, quando não justificados em balanço de suspensão ou redução, é cabível a cobrança da multa isolada, que pode e deve ser exigida, de forma cumulativa, com a multa de ofício aplicável aos casos de falta de pagamento do mesmo tributo, apurado de forma incorreta, ao final do período-base de incidência.

Ainda nessa quadra, cumpre apreciar a reclamação do recorrente para que seja aplicada ao presente caso a Súmula CARF n.º 105, a qual possui o seguinte enunciado:

Súmula CARF n.º 105

A multa isolada por falta de recolhimento de estimativas, lançada com fundamento no art. 44 § 1o, inciso IV da Lei n.º 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.

Contudo, verifico que os presentes lançamentos de multa isolada foram feitos com fundamento legal no art. 44, inciso II, alínea b, da Lei n.º 9.430/96, com a redação dada pelo art. 14 da Lei n.º 11.488/07 (fls. 7), enquanto a referida Súmula alcança apenas os lançamentos “com fundamento no art. 44 § 1o, inciso IV da Lei n.º 9.430, de 1996, conforme determinação expressa no enunciado.

Assim, entendo que a Súmula CARF n.º 105 não pode ser aplicada ao presente caso.

Esse foi o entendimento preponderante no colegiado, no sentido de manter a exigência das multas isoladas.

## **6. Multa de ofício – dúvida – artigo 112 do CTN**

O recorrente propugna pela aplicação do artigo 112 do CTN, para afastar a exigência das multas aplicadas, no caso de o julgamento de seu recurso voluntário ser decidido em votação não unânime no presente colegiado.

Esse dispositivo determina que a dúvida na interpretação de dispositivo normativo que impõe penalidade deve ser resolvida em benefício do acusado<sup>13</sup>.

O recorrente levanta a hipótese de a exigência dos tributos ser decidida em votação não unânime do Colegiado, o que implicaria uma dúvida e a dúvida daria ensejo para a aplicação do referido dispositivo, no sentido de afastar a respectiva sanção.

Verifico que o recorrente está pedindo algo diferente daquilo oferecido por esse dispositivo, pois ele aplica-se apenas à dúvida na interpretação da norma que impõe a sanção, enquanto o recorrente pede que ela seja aplicada na dúvida relativa à exigência do tributo.

---

<sup>13</sup> Art. 112. A lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidades, interpreta-se da maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida quanto:

I - à capitulação legal do fato;

II - à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos;

III - à autoria, imputabilidade, ou punibilidade;

IV - à natureza da penalidade aplicável, ou à sua graduação.

Ainda que fosse dada uma interpretação extensiva ao apontado artigo 112 do CTN, para ampliar o seu alcance, entendo que o pedido do recorrente também não poderia ser atendido, uma vez que parte de uma premissa falsa, a de que uma decisão obtida por votação não unânime configura uma dúvida na interpretação da legislação.

A dúvida é um estado possível no caminho racional para se chegar a uma decisão. No âmbito do colegiado, o momento de debates, aberto logo após a leitura do voto do relator, tem a finalidade de sanar eventuais dúvidas. Todavia, uma vez proferido o voto, ou seja, a decisão, não há que se falar em dúvida, ainda que possam existir votos em sentidos opostos.

Para o recorrente, a existência de votos em sentidos oposto caracterizaria uma dúvida, o que não é verdade. Assim, não há campo para a aplicação do artigo 112 do CTN à espécie.

## **7. Vedação ao confisco**

O recorrente afirma que a exigência de multa de ofício qualificada caracterizaria confisco, o que seria uma ofensa ao artigo 150, IV, da Constituição Federal.

Todavia, verifico que a qualificação da multa de ofício foi exonerada no presente julgamento, de forma que está será exigida no seu patamar mínimo de 75%. Assim, essa reclamação do contribuinte perdeu o objeto.

Ainda assim, verifico que a multa de ofício aplicada tem fundamento legal no artigo 44 da Lei n.º 9.430/1996, conforme apontado nos autos de infração. Deixar de aplicar a multa de ofício por considerá-la confiscatória seria deixar de aplicar o referido dispositivo legal em razão de alegada inconstitucionalidade, o que é defeso às turmas julgadoras do CARF, as quais devem obediência à Súmula CARF n.º 2, *verbis*:

Súmula CARF n.º 2

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Assim, a presente reclamação deve ser afastada

## **8. Prejuízos fiscais - reparação**

O recorrente propugna pelo restabelecimento do valor original dos prejuízos fiscais (IRPJ) e bases negativas (CSLL) que foram utilizados para compensar em parte os valores exigidos no presente processo, na medida em que as exigências forem exoneradas.

Verifico que a exoneração das exigências no presente processo foi parcial e em valor tal que remanesce a necessidade de utilização dos referidos prejuízos acumulados.

Assim, indefere-se o presente pedido, sem embargo ao recálculo da compensação de prejuízos acumulados em razão da exoneração parcial dos lançamentos tributários.

## **9. Conclusão**

Diante do exposto, o Colegiado deu parcial provimento ao recurso voluntário do contribuinte para afastar a qualificação da multa de ofício e para reconhecer a decadência da parte do crédito tributário relativa aos fatos geradores ocorridos em 31/12/2013.

(assinado digitalmente)

Neudson Cavalcante Albuquerque

## Declaração de Voto

Conselheiro Alexandre Evaristo Pinto

Com a devida vênia ao voto do ilustre redator designado, apresento aqui declaração de voto no mesmo sentido do voto do conselheiro relator, ressaltando alguns pontos importantes da discussão em sessão.

### *Dedução do ágio: considerações gerais*

Em primeiro lugar, é importante ressaltar que todos os atos societários relacionados à operação foram devidamente formalizados e registrados perante os órgãos competentes, de forma que todas as operações foram feitas “às claras”.

Também se torna relevante destacar o ordenamento jurídico ao qual estava submetida a amortização do ágio, isto é, o artigo 20 do Decreto-lei n. 1.598/77 e o artigo 7º da Lei n. 9.532/97.

Nesse sentido, houve total cumprimento ao disposto no artigo 7º da Lei n. 9.532/97, que assim dispõe:

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

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

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

*III - poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do § 2º do art. 20 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta*

*avos, no máximo, para cada mês do período de apuração; (Redação dada pela Lei nº 9.718, de 1998)*

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

Assim, houve operação de incorporação entre investida e investidora (a chamada “confusão patrimonial”), sendo que o investimento da investidora na investida havia sido feito com ágio nos termos do artigo 20 do Decreto-lei n. 1.598/77 e houve a amortização do ágio fundamentado em expectativa de rentabilidade futura no prazo previsto em lei.

#### ***A inglória busca de um “real adquirente” e o uso da teoria alienígena do propósito negocial***

Uma das principais faces da segurança jurídica no âmbito do Direito Tributário se dá com base no princípio da legalidade, por meio do qual toda e qualquer tributação dependerá de previsão legal, assim como as proibições a determinados comportamentos devem ser expressas.

No âmbito do Direito Tributário, já houve tentativas de se estabelecer uma norma geral anti elisiva, no entanto, até hoje esta norma não foi instituída. Nessa linha, o parágrafo único do artigo 116 do Código Tributário Nacional (incluído pela Lei Complementar n. 104/01), trouxe apenas uma norma anti dissimulação e ainda expressa previsão legal de que tal norma será regulamentada, o que não veio a acontecer.

Muito pelo contrário, já houve tentativa de regulamentação tanto na Medida Provisória n. 66/02, quanto pela Medida Provisória n. 685/15, mas em ambas as situações o Congresso Nacional rejeitou explicitamente essa regulamentação, por mais que ambas as medidas provisórias tenham sido convertidas em lei ordinária.

Assim, teorias estrangeiras de combate aos planejamentos tributários como propósito negocial, abuso de forma, abuso de direito, consideração econômica, dentre outras, permanecem alienígenas em relação ao nosso ordenamento jurídico brasileiro.

Com fundamento na premissa da segurança jurídica, cabe ao contribuinte verificar a legalidade ou ilegalidade de uma determinada situação jurídica a ser por ele praticada.

Dessa forma, entendo que aos julgadores de um processo administrativo ou judicial caberia a análise tão somente se os atos praticados pelo contribuinte estão de acordo ou contrários à lei.

No caso concreto, nota-se que o adquirente jurídico do investimento com ágio foi incorporado pela adquirida, ou seja, todos os requisitos formais foram devidamente cumpridos.

A busca por uma eventual real adquirente deixa de lado todos os atos jurídicos que foram devidamente praticados e passa a adotar uma busca de cunho econômico. Vale notar

que a pessoa jurídica é uma ficção jurídica, de forma que se levarmos a fundo a ideia do real adquirente, se buscará sempre uma “pessoa física”, que será em último caso a sócia “final” de uma pessoa jurídica ou de um grupo econômico.

Se partirmos do pressuposto que temos que olhar a origem dos recursos econômicos de uma pessoa jurídica para determinar a real adquirente, chegaríamos ao extremo de dizer que se um pai faz uma doação a um filho para que o filho adquira um imóvel, temos que embora o adquirente jurídico do imóvel seja o filho com recursos oriundos da doação, o real adquirente do imóvel é o pai. Note-se como essa busca por um real adquirente faz de todo o ordenamento jurídico uma tábula rasa.

Geralmente nos casos de aquisição de investimento com ágio, é comum que uma pessoa jurídica constitua uma outra pessoa jurídica (ou se utilize de uma pessoa jurídica já existente) e faça uma integralização de capital nessa investida, sendo que a investida é que fara a aquisição de uma outra pessoa jurídica com ágio.

Por mais que possamos fazer o caminho dos recursos econômicos, houve uma operação de integralização de capital, de forma que a investida possui recursos para fazer uma aquisição com ágio, tal qual o exemplo do pai que doou recursos para que seu filho adquira o imóvel. Não me parece que o problema esteja no fato da integralização de capital em si, pois se os recursos tivessem sido obtidos por doação, muito provavelmente a autuação continuaria sendo fundamentada na questão da real adquirente.

Vale notar que não há dispositivo legal autorizando uma fundamentação do auto de infração com base no fato de que a investidora não é a real adquirente. O artigo 149, VII, do Código Tributário Nacional permite a revisão do lançamento tributário quando há comprovação de que o contribuinte agiu com dolo, fraude ou simulação.

Tal comprovação deve ser inequívoca, o que somente pode ser feito quando se comprova que o contribuinte agiu em desacordo com a lei.

Mais uma vez, no caso concreto, o contribuinte seguiu o artigo 7º da Lei n. 9.532/97. A conduta dolosa exigida pelo artigo 149, VII, do Código Tributário Nacional pressupõe que o contribuinte tenha total ciência de que esteja agindo em desacordo, o que não acontece em um caso em que inexiste uma vedação expressa.

O artigo 149, VII, do Código Tributário Nacional também se refere à ocorrência de fraude ou simulação, o que não ocorre no caso concreto em que todo o fluxo dos recursos financeiros foi devidamente formalizado e registrado publicamente. Não há nada escondido. Se entendermos que não é possível a integralização de capital em uma pessoa jurídica para que esta realize uma aquisição de participação societária com ágio, também é impossível por decorrência lógica que um pai doe recursos para um filho, para que este faça a aquisição de um veículo, pois o “real adquirente” do imóvel seria o pai.

Feitas tais considerações, o uso da teoria do propósito comercial sem que ela esteja internalizada em nosso ordenamento jurídico (e muito pelo contrário tenha sido expressamente rechaçada em duas oportunidades pelo Congresso Nacional) acaba funcionando como um atalho para que não haja a devida fundamentação dos fatos como fraude ou simulação.

Em outras palavras, em um cenário em que não há proibição legal à constituição de uma pessoa jurídica como “empresa veículo” e que não há a adoção da teoria do propósito negocial no ordenamento jurídico, a fiscalização ampara suas conclusões em duas frágeis colunas não amparadas por lei, quando até poderia tentar comprovar eventualmente que se trataria de uma operação fraudulenta ou simulada.

Em suma, o uso de uma “empresa veículo” é uma decorrência lógica da própria amortização fiscal do ágio, uma vez que o artigo 7º da Lei n. 9.532/97 exige a dita “confusão patrimonial” entre investidora e investida, não cabendo se falar em proibição ao seu uso e muito menos é lógico buscar uma “real adquirente” de um investimento, visto que no fundo sempre haverá uma “pessoa física”, além do que fazer com que a busca da origem dos recursos econômicos ultrapasse os “contratos jurídicos” faz com que diversas situações possam também a vir ser desconsideradas no futuro.

Além disso, em que pese a não adoção do propósito negocial no ordenamento jurídico brasileiro e rejeições expressas de sua adoção pelo Poder Legislativo, o fato é que a criação de uma “empresa veículo” para viabilizar a amortização fiscal do ágio seria um propósito por si só.

#### *Dedutibilidade do Ágio para fins de CSLL*

A Contribuição Social sobre o Lucro (CSLL) foi instituída pela Lei n. 7.689/88, havendo previsão expressa na referida lei de que o resultado do período-base, apurado com observância da legislação comercial, sofrerá alguns ajustes para se chegar à base de cálculo da CSLL.

*Art. 2º A base de cálculo da contribuição é o valor do resultado do exercício, antes da provisão para o imposto de renda.*

*§ 1º Para efeito do disposto neste artigo:*

*a) será considerado o resultado do período-base encerrado em 31 de dezembro de cada ano;*

*b) no caso de incorporação, fusão, cisão ou encerramento de atividades, a base de cálculo é o resultado apurado no respectivo balanço;*

***c ) o resultado do período-base, apurado com observância da legislação comercial, será ajustado pela:*** (Redação dada pela Lei nº 8.034, de 1990)

*1 - adição do resultado negativo da avaliação de investimentos pelo valor de patrimônio líquido; (Redação dada pela Lei nº 8.034, de 1990)*

*2 - adição do valor de reserva de reavaliação, baixada durante o período-base, cuja contrapartida não tenha sido computada no resultado do período-base; (Redação dada pela Lei nº 8.034, de 1990)*

*3 - adição do valor das provisões não dedutíveis da determinação do lucro real, exceto a provisão para o Imposto de Renda; (Redação dada pela Lei n.º 8.034, de 1990)*

*4 - exclusão do resultado positivo da avaliação de investimentos pelo valor de patrimônio líquido; (Redação dada pela Lei n.º 8.034, de 1990)*

*5 - exclusão dos lucros e dividendos derivados de participações societárias em pessoas jurídicas domiciliadas no Brasil que tenham sido computados como receita; (Redação dada pela Lei n.º 12.973, de 2014) (Vigência)*

*6 - exclusão do valor, corrigido monetariamente, das provisões adicionadas na forma do item 3, que tenham sido baixadas no curso de período-base. (Incluído pela Lei n.º 8.034, de 1990)*

Como se observa, não há qualquer menção nos referidos ajustes às despesas de amortização de ágio.

Muitas vezes o artigo 57 da Lei 8.981/95 é utilizado como fundamento para que uma determinada disposição de ineditibilidade na base de cálculo do IRPJ também seja aplicável para a CSLL. Nessa linha, é importante analisar o referido dispositivo:

*Art. 57. Aplicam-se à Contribuição Social sobre o Lucro (Lei n.º 7.689, de 1988) as mesmas normas de apuração e de pagamento estabelecidas para o imposto de renda das pessoas jurídicas, inclusive no que se refere ao disposto no art. 38, mantidas a base de cálculo e as alíquotas previstas na legislação em vigor, com as alterações introduzidas por esta Lei.*

Todavia, a partir da leitura do referido artigo só é possível inferir que as normas de apuração e de pagamento devem ser as mesmas.

Em outras palavras, se o contribuinte está no Lucro Presumido para fins de IRPJ, também estará no Lucro Presumido para fins de CSLL. Por sua vez, se o contribuinte está no Lucro Real para fins de IRPJ, também apurará pela mesma metodologia para fins de CSLL.

Não há nenhuma identidade de bases de cálculo por conta do referido dispositivo tanto que há o seguinte excerto: “mantidas a base de cálculo e as alíquotas previstas na legislação em vigor”, o que denota que as bases de cálculo não estão sendo reguladas pelo mencionado artigo.

O disposto no artigo 57 da Lei 8.981/95 também foi repetido em atos infralegais, ainda que com pequenas distinções, conforme abaixo:

*Instrução Normativa SRF n. 93/97*

*Art. 49. Aplicam-se à contribuição social sobre o lucro líquido as mesmas normas de apuração e de pagamento estabelecidas para o imposto de renda das pessoas jurídicas, observadas as alterações previstas na Lei No 9.430, de 1996.*

*Instrução Normativa SRF n. 390/04*

*Art. 3º Ressalvadas as normas específicas, aplicam-se à CSLL as normas de apuração e de pagamento estabelecidas para o IRPJ e, no que couber, as referentes à administração, ao lançamento, à consulta, à cobrança, às penalidades, às garantias e ao processo administrativo, mantidas a base de cálculo e as alíquotas previstas na legislação da CSLL.*

*Instrução Normativa RFB n. 1700/17*

*Art. 3º Ressalvadas as normas específicas, aplicam-se à CSLL as normas de apuração e de pagamento estabelecidas para o IRPJ e, no que couber, as referentes à administração, ao lançamento, à consulta, à cobrança, às penalidades, às garantias e ao processo administrativo, mantidas a base de cálculo e as alíquotas previstas na legislação da CSLL.*

Com exceção da Instrução Normativa n. 93/97, as demais instruções normativas estabelecem expressamente que ainda que haja igualdade nas normas de apuração e pagamento do IRPJ e da CSLL, são mantidas a base de cálculo e as alíquotas previstas na legislação da CSLL.

Hiromi Higuchi assinala que a falta da expressão “mantidas a base de cálculo e as alíquotas previstas na legislação da CSLL” na redação da Instrução Normativa SRF 93/97 fez com que vários autos de infração fossem indevidamente lavrados, conforme segue:

**Aquela omissão levou o fisco a lavrar, indevidamente, inúmeros autos de infração, ao considerar como indedutíveis na determinação da base de cálculo da CSLL os custos e as despesas indedutíveis, exclusivamente na apuração do lucro real.**

*O 1º Conselho de Contribuintes vem decidindo que somente a lei pode fixar a base de cálculo de tributo, não se admitindo que valores indedutíveis para efeito do IRPJ sejam adicionados às bases de cálculo de outros tributos sem expressa determinação legal (ac. nº 101-92.553/99 no DOU 26-05-99, 101-94.286/2003 no DOU de 22-09-03 e 107-07.315/2003 no DOU de 10-03-03) (HIGUCHI, Hiromi. Imposto de Renda das Empresas. 37ª ed. São Paulo: IR Publicações, 2012. p. 818).*

Felizmente, tal ponto foi corrigido nas instruções normativas anteriores que foram mais fieis ao texto do artigo 57 da Lei 8.981/95, sem que com isso tenham acabado as autuações fiscais relativas ao tema.

Um outro dispositivo legal comumente utilizado como fundamento para que as despesas não necessárias venham a ser considerada como indedutíveis na base de cálculo da CSLL é o artigo 13 da Lei n. 9.249/95, cujo teor é o seguinte:

*Art. 13. Para efeito de apuração do lucro real e da base de cálculo da contribuição social sobre o lucro líquido, são vedadas as seguintes*

**deduções, independentemente do disposto no art. 47 da Lei n.º 4.506, de 30 de novembro de 1964:**

*I - de qualquer provisão, exceto as constituídas para o pagamento de férias de empregados e de décimo-terceiro salário, a de que trata o art. 43 da Lei n.º 8.981, de 20 de janeiro de 1995, com as alterações da Lei n.º 9.065, de 20 de junho de 1995, e as provisões técnicas das companhias de seguro e de capitalização, bem como das entidades de previdência privada, cuja constituição é exigida pela legislação especial a elas aplicável; (Vide Lei 9.430, de 1996)*

*II - das contraprestações de arrendamento mercantil e do aluguel de bens móveis ou imóveis, exceto quando relacionados intrinsecamente com a produção ou comercialização dos bens e serviços;*

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

*IV - das despesas com alimentação de sócios, acionistas e administradores;*

*V - das contribuições não compulsórias, exceto as destinadas a custear seguros e planos de saúde, e benefícios complementares assemelhados aos da previdência social, instituídos em favor dos empregados e dirigentes da pessoa jurídica;*

*VI - das doações, exceto as referidas no § 2º;*

*VII - das despesas com brindes.*

*VIII - de despesas de depreciação, amortização e exaustão geradas por bem objeto de arrendamento mercantil pela arrendatária, na hipótese em que esta reconheça contabilmente o encargo.*

É interessante notar que o referido artigo se refere às bases de cálculo do IRPJ e da CSLL visto que expressamente assinala que: “para efeito de apuração do lucro real e da base de cálculo da contribuição social sobre o lucro líquido, são vedadas as seguintes deduções”.

Aqui sim temos um dispositivo que não é exclusivo do IRPJ e se aplica também à CSLL.

Cumprido notar que não há indedutibilidade das despesas de amortização de ágio ao longo dos incisos do artigo 13 da Lei n. 9.249/95, de forma que a base legal para a indedutibilidade de tais despesas para fins de IRPJ continua sendo o artigo 47 da Lei n. 4.506/64.

Há quem interprete que o caput do artigo 13 da Lei n. 9.249/95 implica a aplicação das indedutibilidades previstas no artigo 47 da Lei n. 4.506/64, uma vez que o artigo 13 da Lei n. 9.249/95 menciona que “são vedadas as seguintes deduções, independentemente do disposto no art. 47 da Lei n.º 4.506, de 30 de novembro de 1964”.

Não me parece que essa menção de que as indedutibilidade previstas no artigo 13 da Lei n. 9.249/95 sejam independentes daquelas previstas no artigo 47 da Lei n. 4.506/64 tenha o intuito e muito menos a consequência de tornar indedutíveis para a CSLL as despesas não necessárias.

Assim, me parece forçoso interpretar que essa menção que as indedutibilidade são independentes tenha o condão de igualar a indedutibilidade das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL no que tange às despesas não necessárias.

Ao se debruçar sobre o tema, Edmar Andrade Oliveira Filho assevera que não é possível fazer uma interpretação extensiva do artigo 13 da Lei n. 9.249/95 para igualar as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL e tampouco tirar tais conclusões do já citado artigo 57 da Lei n. 8.981/95, conforme segue:

**O fato é que o art. 13 da Lei nº 9.249/95 não chegou ao extremo de dizer que toda e qualquer parcela que a lei considera dedutível na determinação do lucro real também o será para fins de CSLL. (...)**

*E nem se diga que a extensão está autorizada pelo art. 57 da Lei nº 8.981/95, segundo o qual “aplica-se à contribuição social sobre o lucro as mesmas normas de apuração e de pagamento estabelecidas para o imposto de renda das pessoas jurídicas, mantida a base de cálculo e alíquotas previstas na legislação em vigor, com as alterações introduzidas por esta lei”. **Este preceito normativo tem duas finalidades. Em primeiro lugar, prescreve as mesmas normas sob a apuração e pagamento e, em segundo lugar, exclui da equiparação a determinação da base de cálculo; desse modo, essa regra exclui a equiparação suscitada.** (ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. Imposto de Renda das Empresas. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 649)*

Dessa forma, as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL podem ter uma série de diferenças a depender da vontade do legislador. Nos casos de indedutibilidade previstas para o IRPJ em leis anteriores à própria instituição da CSLL, é fundamental que o legislador tributário faça a análise do que ele considerará indedutível para fins de cálculo da CSLL e deixe isso de forma explícita na lei. Foi exatamente essa análise feita quando da elaboração de Lei n. 7.689/88, que trouxe uma série de ajustes expressos ao lucro contábil para fins de apuração da CSLL.

Nas leis posteriores à instituição da CSLL, quando o legislador tributário desejava que uma determinada despesa fosse indedutível tanto para o IRPJ quanto para a CSLL, ele deve deixar isso transcrito na lei de modo explícito, sob pena de a indedutibilidade ser aplicável tão somente ao tributo que ela especifica.

É importante ressaltar que a própria Receita Federal do Brasil manifesta o entendimento de que as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL são distintas. Nesse sentido, é possível observar os Anexos I (adições) e II (exclusões) da Instrução Normativa RFB n. 1.700/17, onde há inclusive colunas especificando se um determinado ajuste é aplicável somente ao IRPJ ou a ambos (IRPJ e CSLL).

A título de ilustração, trago aqui inclusive trecho no Anexo I da Instrução Normativa RFB n. 1.700/17, para fins de demonstrar que não há identidade de bases e isso é admitido pela própria Administração Tributária, conforme abaixo:

ANEXO I  
TABELA DE ADIÇÕES AO LUCRO LÍQUIDO  
(Anexo I da Instrução Normativa RFB n.º 1.700, de 14 de março de 2017.)

Nº	Assunto	Descrição do Ajuste	Aplica-se ao IRPJ?	Aplica-se à CSLL?	Dispositivo na IN	Controle na Parte B? (*)	Adição ou Exclusão Relacionada (*)
A.001	Adoção Inicial dos arts. 1º ao 71 da Lei nº 12.973, de 2014 - Ajustes de Avaliação Patrimonial	O saldo devedor existente na data de adoção inicial dos arts. 1º ao 71 da Lei nº 12.973, de 2014, na conta de ajustes de avaliação patrimonial a que se refere o § 3º do art. 182 da Lei nº 6.404, de 1976, a ser adicionado no período de apuração em que for reclassificado para o resultado como despesa.	Sim	Sim	Art. 291 e art. 309-A, §§ 1º e 2º	Sim (C)	-
A.002	Adoção Inicial dos arts. 1º ao 71 da Lei nº 12.973, de 2014 - Contratos de Concessão de Serviços Públicos	O valor calculado pela divisão da diferença negativa a que se refere o inciso IV do caput do art. 69 da Lei nº 12.973, de 2014, pelo prazo restante, em meses, de vigência do contrato, multiplicado pelo número de meses do período de apuração, no caso de contrato de concessão de serviços públicos vigente na data de adoção inicial dos arts. 1º ao 71 dessa Lei.	Sim	Sim	Arts. 291 e 305, inciso IV	Sim (C)	-
A.003	Adoção Inicial dos arts. 1º ao 71 da Lei nº 12.973, de 2014 - Diferença Positiva de Ativo - Não Controlada por Subconta	A diferença positiva entre valores de ativo de que trata o caput do art. 66 da Lei nº 12.973, de 2014, a ser adicionada na data de adoção inicial dos arts. 1º ao 71 dessa Lei, caso não tenha sido evidenciada contabilmente em subconta vinculada ao ativo.	Sim	Sim	Art. 291, art. 294, caput, e art. 307, § 2º	Não	-
A.004	Adoção Inicial dos arts. 1º ao 71 da Lei nº 12.973, de 2014 - Diferença Positiva de Ativo - Controlada por Subconta	A diferença positiva entre valores de ativo de que trata o caput do art. 66 da Lei nº 12.973, de 2014, a ser adicionada à medida da realização do ativo, caso tenha sido evidenciada contabilmente em subconta a ele vinculada.	Sim	Sim	Art. 291, art. 294, caput, art. 295 e art. 307, caput e § 1º	Não	-
A.005	Adoção Inicial dos arts. 1º ao 71 da Lei nº 12.973, de 2014 - Diferença Negativa de Passivo - Não Controlada por Subconta	A diferença negativa entre valores de passivo de que trata o parágrafo único do art. 66 da Lei nº 12.973, de 2014, a ser adicionada na data de adoção inicial dos arts. 1º ao 71 dessa Lei, caso não tenha sido evidenciada contabilmente em subconta vinculada ao passivo.	Sim	Sim	Art. 291, art. 294, parágrafo único e art. 307, § 2º	Não	-
A.006	Adoção Inicial dos arts. 1º ao 71 da Lei nº 12.973, de 2014 - Diferença Negativa de Passivo - Controlada por Subconta	A diferença negativa entre valores de passivo de que trata o parágrafo único do art. 66 da Lei nº 12.973, de 2014, a ser adicionada à medida da baixa ou liquidação do passivo, caso tenha sido evidenciada contabilmente em subconta a ele vinculada.	Sim	Sim	Art. 291, art. 294, parágrafo único, art. 296 e art. 307, caput e § 1º	Não	-

Nota-se que há uma coluna denominada “aplica-se ao IRPJ?”, assim como uma coluna “aplica-se à CSLL?”.

O fato de constar em uma Instrução Normativa como ajuste no IRPJ ou tanto no IRPJ quanto na CSLL não é garantia de que tal posicionamento esteja correto, é apenas um indicativo do posicionamento da Administração Tributária.

A título exemplificativo, consta na Instrução Normativa SRF 390/04 (que trata exclusivamente de CSLL) que o ágio fundamentado em rentabilidade futura deve ser amortizado à razão de 1/60 (um sessenta avos), no máximo, nos balanços levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão:

**Instrução Normativa SRF 390/04**

**Art. 75. 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 1977, deverá registrar o valor do ágio ou deságio cujo fundamento econômico seja:**

*I - valor de mercado de bens ou direitos do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade, em contrapartida à conta que registre o bem ou direito que lhe deu causa;*

**II - valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos períodos de apuração futuros, em contrapartida a conta do ativo diferido, se ágio, ou do passivo, como receita diferida, se deságio;**

*III - fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas, em contrapartida a conta do ativo diferido, se ágio, ou do passivo, como receita diferida, se deságio.*

**§ 3º O valor registrado com base no fundamento de que trata: (...)**

**II - o inciso II do caput:**

**a) poderá ser amortizado nos balanços correspondentes à apuração do resultado ajustado levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no máximo, para cada mês do período a que corresponder o balanço, no caso de ágio;**

*b) deverá ser amortizado nos balanços correspondentes à apuração do resultado ajustado levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no mínimo, para cada mês do período a que corresponder o balanço, no caso de deságio;*

Embora não haja indicação de qual o fundamento legal que embasa o artigo da referida instrução normativa, o fato é que tal comando normativo somente existe na Lei n. 9.532/97, em seu artigo 7º, conforme segue:

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

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

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

Como se observa, o dispositivo legal se refere tão somente à apuração do lucro real, nada trazendo sobre a base de cálculo da CSLL.

Isso faz com que possa ser dito até que antes da vigência da Lei n. 12.973/14, que trouxe especificamente tratamento tributário para o IRPJ e para a CSLL, continuava vigente para a CSLL o regime original de dedutibilidade que vigia para o IRPJ antes da Lei n. 9.532/97, isto é, o ágio podia ser integralmente deduzido quando da união patrimonial da investidora e da investida, uma vez que haveria necessidade de baixa daquele ágio diante da inexistência do investimento dali para frente, sendo a despesa relativa a tal baixa dedutível.

Cumprе notar que diferentemente do que é comumente apregoado, a Lei n. 9.532/97 não instituiu um benefício fiscal por meio da dedutibilidade da amortização contábil do ágio por expectativa por rentabilidade futura, mas tão somente limitou que a dedutibilidade que antes era integral por conta da baixa total do ágio fosse diferida em prazo não superior a 5 anos, ou seja, à razão de no máximo 1/60.

Em conclusão, não me parece haver base legal para a indedutibilidade de despesas com amortização contábil de ágio na base de cálculo da CSLL. Os dispositivos legais normalmente citados como fundamento para tal indedutibilidade apenas informam que os regimes de apuração devem ser o mesmo, mas também preveem que devem ser mantidas as bases de cálculo previstas na legislação específica de cada um dos tributos.

Por fim, nas discussões ocorridas durante a sessão, ao tentar se aproximar a amortização do ágio de um benefício ou incentivo fiscal, deu-se uma impressão de que haveria algum ajuste a ser feito relativo à amortização do ágio no que tange ao IRPJ e à CSLL. Vale notar que à época dos fatos geradores o ágio estava sujeito à amortização contábil, visto que era parte do grupo de contas do Ativo Diferido após operação de incorporação, sendo que os itens do Ativo Diferido eram amortizados, nos termos do então vigente artigo 183, §3º, da Lei n. 6.404/76. Assim, havia uma despesa de amortização diminuindo o lucro contábil, de modo que se tornava necessária previsão explícita para que tal despesa fosse indedutível na base da CSLL, o que não ocorria na Lei n. 9.532/97. Ou seja, somente haveria algum ajuste a ser feito se houvesse previsão de uma adição, caso contrário para que houvesse o efeito de dedutibilidade, não havia necessidade de nenhum ajuste na apuração da CSLL.

#### Concomitância de Multas

No que tange à possibilidade de concomitância da cobrança de penalidade pela falta de recolhimento da obrigação principal devida ao término do exercício fiscal em decorrência da apuração do Lucro Real Anual e pela falta de recolhimento da estimativa mensal, é importante destacar que no caso concreto as duas infrações são decorrentes de um único ato.

Nesse caso, entendo que se está diante de apenas um ilícito, ao invés de duas infrações cumuláveis e autônomas. Como decorrência de tal interpretação, a infração mais gravosa deve absorver a menos gravosa.

Vale notar que ainda que a Súmula CARF n. 105 somente se aplique a fatos geradores anteriores a 2007, pode-se depreender da inteligência da referida súmula que a multa de ofício deve absorver a multa isolada, conforme se observa da leitura da referida súmula:

*Súmula CARF n.º 105*

*Aprovada pela 1ª Turma da CSRF em 08/12/2014*

*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.*

Os precedentes que inspiraram a edição da Súmula CARF 105 indicam que, embora se trate de penalidades por descumprimento de deveres distintos (descumprimento do dever de antecipar estimativas versus descumprimento do dever de pagar o ajuste anual), estamos na esfera de aplicação de penalidades e, aqui, pelo princípio da consunção, quando uma infração (no caso, a ausência de recolhimento de estimativas) é meio de execução de outra conduta ilícita (no caso, a ausência de recolhimento do valor devido no ajuste anual do mesmo ano-calendário), a pena pela infração-meio deve ser absorvida pela pena aplicável à infração-fim.

Cabe ressaltar que alguns julgadores da 1ª Turma da CSRF já haviam concluído que, mesmo após a alteração legislativa trazida pela Lei 11.488/2007, ainda não poderia haver a cobrança concomitante das multas isolada e de ofício. Nessa linha, trago aqui trecho do voto do ilustre Conselheiro Luis Henrique Marotti Toselli no acórdão 9101-005.824, que reproduzo abaixo e adoto como razões de decidir:

*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 possui celeuma.*

*Com a aprovação da Súmula CARF n.º 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 dezembro/2006.*

*Dizemos indubitavelmente porque há corrente doutrinária e jurisprudencial, na linha do que argumenta a Recorrente, que sustenta que, após a nova redação dada pela Lei nº 11.488/2007 (conversão da Medida Provisória nº 351, de 22 de janeiro de 2007) ao art. 44 da Lei nº 9.430/96, não haveria mais espaço para interpretação diversa daquela que conclui pela possibilidade jurídica da exigência de multa isolada sobre estimativas mensais não recolhidas, mesmo nos casos em que*

*também houver sido formulada exigência de multa de ofício em razão da falta de pagamento do IRPJ e da CSLL apurados no final do mesmo ano de apuração.*

*Por essa linha de pensamento, o Legislador teria prescrito sanções autônomas e inconfundíveis, autorizando ao fisco, na hipótese do contribuinte deixar de recolher estimativas mensais de IRPJ e CSLL, inclusive aquelas apuradas de ofício e, paralelamente, não recolher integralmente estes mesmos tributos no final do período de apuração, aplicar as duas sanções concomitantemente (multa de ofício sobre o IRPJ/CSLL devidos e não recolhidos + multa isolada sobre as estimativas “em aberto”).*

*Vejamos, então, o que dispõe o art. 44 da Lei nº 9.430/96, com a redação dada pela MP nº 351/2007 (convertida na Lei nº 11.488/2007):*

*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:*

*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.”*

*Da leitura desses dispositivos, verifica-se que a multa de ofício de 75% prevista no inciso I é aplicável nos casos de falta de pagamento de imposto ou contribuição, de falta de declaração e nos de declaração inexata.*

*Já a multa isolada de 50%, prevista no inciso II, deve incidir sobre o valor das estimativas mensais não recolhidas, 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.*

*Nesse contexto, não se pode perder de vista que as estimativas são meras antecipações do tributo devido, não figurando, portanto, como tributos autônomos. A propósito, dispõe a Súmula CARF 82 que “após o encerramento do ano-calendário, é incabível lançamento de ofício de IRPJ ou CSLL para exigir estimativas não recolhidas”.*

*Também não nega-se que o não recolhimento das estimativas e o não recolhimento do tributo efetivamente devido são infrações distintas, como foi reconhecido pela própria lei nos incisos I e II acima transcritos. Todavia, e este é o ponto central para a discussão, quando ambas as obrigações não foram cumpridas pelo contribuinte, o princípio da absorção ou consunção impõe que a infração pelo inadimplemento do tributo devido prevaleça, afinal o dever de antecipar o pagamento por meio de estimativas configura etapa preparatória para o dever de recolher o tributo efetivamente devido, este sim o bem jurídico tutelado pela norma.*

*Adotando, então, uma interpretação histórica e sistemática dos referidos dispositivos legais e Súmulas, verifico que a alteração legislativa mencionada não possui qualquer efeito quanto à aplicação da Súmula CARF nº 105 para fatos geradores posteriores a 2007.*

*Isso porque 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 permitiria punir o contribuinte em duplicidade, em clara afronta aos princípios da consunção, estrita legalidade e proporcionalidade.*

*Nesse sentido já se manifestou o E. Superior Tribunal de Justiça, destacando-se, por exemplo, a seguinte passagem do voto condutor proferido pelo Ministro Humberto Martins<sup>1</sup>, da 2ª Turma desse E. Tribunal (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 decritos, 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.”*

*Esse posicionamento, diga-se, foi ratificado em outros julgados, conforme atesta, também de forma exemplificativa, a seguinte ementa:*

**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).*

*E mais recentemente, em Sessão de 1º de setembro de 2020, esta C. Turma, por determinação do art. 19-E da Lei n.º 10.522/2002, acrescido pelo art. 28 da Lei n.º 13.988/2020, em julgamento do qual o presente Relator participou, afastou a concomitância das multas de ofício e isolada para fatos geradores posteriores a 2007.*

Cumprir citar ainda que o Código Tributário Nacional, de observância obrigatória no âmbito administrativo municipal, expressamente impõe, no que atine à aplicação das penalidades, dentre as quais a multa, que a legislação se interpreta da maneira mais favorável ao acusado, incorporando ao campo do Direito Tributário Penal o princípio constitucional do in dubio pro reo, conforme pode ser observado abaixo:

*Art. 112. A lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidades, interpreta-se da maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida quanto:*

*I - à capitulação legal do fato;*

*II - à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos;*

*III - à autoria, imputabilidade, ou punibilidade;*

*IV - à natureza da penalidade aplicável, ou à sua graduação.*

Dessa forma, entendo pela aplicação da consunção da pena, de modo que deverá ser aplicada tão somente a multa mais gravosa.

Diante do exposto, voto por dar parcial provimento ao Recurso da Contribuinte.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

ALEXANDRE EVARISTO PINTO