



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

Processo n° 10600.720035/2014-67
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1402-002.492 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 16 de maio de 2017
Matéria Ágio
Recorrente EMPRESA DE MINERAÇÃO ESPERANÇA S.A.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2011, 2012

ÁGIO. AMORTIZAÇÃO.

DECADÊNCIA. INEXISTÊNCIA.

A obrigação tributária e, conseqüentemente, o início do prazo para o Fisco constituir o crédito tributário por meio do lançamento surge apenas com a ocorrência do fato gerador, ou seja, no caso em tela, com o início da amortização do ágio. Antes das amortizações não poderia a fiscalização questionar a formação do ágio ou a sua transferência para a contribuinte, pois tais fatos não tinham, até então, reflexos fiscais, pois não representavam fatos geradores de obrigações tributárias. Alegação de decadência rejeitada.

ÁGIO ORIUNDO DE AQUISIÇÃO COM USO DE RECURSOS FINANCEIROS DE OUTREM. AMORTIZAÇÃO. INDEDUTIBILIDADE.

A hipótese de incidência tributária da possibilidade de dedução das despesas de amortização do ágio, prevista no art. 386 do RIR/1999, requer que participe da "confusão patrimonial" a pessoa jurídica investidora real, ou seja, aquela que efetivamente acreditou na "mais valia" do investimento, fez os estudos de rentabilidade futura e desembolsou os recursos para a aquisição.

Não é possível o aproveitamento tributário do ágio se a investidora real transferiu recursos a uma "empresa-veículo" com a específica finalidade de sua aplicação na aquisição de participação societária em outra empresa e se a "confusão patrimonial" advinda do processo de incorporação não envolve a pessoa jurídica que efetivamente desembolsou os valores que propiciaram o surgimento do ágio, ainda que a operação que o originou tenha sido celebrada entre terceiros independentes e com efetivo pagamento do preço.

MULTA ISOLADA POR FALTA DE RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVAS. MULTA DE OFÍCIO PELA FALTA OU

INSUFICIÊNCIA DE TRIBUTO. MATERIALIDADES DISTINTAS.
NOVA REDAÇÃO DADA PELA MP 351/2007.

A partir do advento da MP 351/2007, convertida na Lei 11.488/2007, a multa isolada passa a incidir sobre o valor não recolhido da estimativa mensal independentemente do valor do tributo devido ao final do ano, cuja falta ou insuficiência, se apurada, estaria sujeita à incidência da multa de ofício. São duas materialidades distintas, uma refere-se ao ressarcimento ao Estado pela não entrada de recursos no tempo determinado e a outra pelo não oferecimento à tributação de valores que estariam sujeitos à mesma.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, rejeitar a arguição de decadência. No mérito, negar provimento ao recurso voluntário: i) por maioria de votos quanto ao mérito da exigência. Vencidos os Conselheiros Lucas Bevilacqua Cabianca Vieira e Caio Cesar Nader Quintella que votaram por dar-lhe provimento integral. O Conselheiro Demetrius Nichele Macei votou pelas conclusões; e: ii) por voto de qualidade quanto à multa isolada. Vencidos os Conselheiros Lucas Bevilacqua Cabianca Vieira, Leonardo Luis Pagano Gonçalves, Caio Cesar Nader Quintella e Demetrius Nichele Macei que votaram por cancelar essa penalidade. Designado o Conselheiro Fernando Brasil de Oliveira Pinto para redigir o voto vencedor.

(assinado digitalmente)

Leonardo de Andrade Couto - Presidente

(assinado digitalmente)

Lucas Bevilacqua Cabianca Vieira - Relator

(assinado digitalmente)

Fernando Brasil de Oliveira Pinto - Redator Designado

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Leonardo Andrade Couto (presidente da turma), Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Leonardo Luís Pagano Gonçalves, Paulo Ciccone, Caio César Nader Quintella, Luiz Augusto de Souza Carvalho, Lucas Bevilacqua Cabianca Vieira e Demetrius Nichele Macei .

Relatório

Trata o presente feito de Recurso Voluntário interposto em face da r. decisão proferida pela DRJ de Belo Horizonte de improcedência de impugnação da contribuinte EMPRESA DE MINERAÇÃO ESPERANÇA S.A. (EMESA) ante a lavratura de auto de infração para exigência de IRPJ e CSL em decorrência de suposto aproveitamento ilegal do ágio em operação societária.

Ante ao minucioso relatório empreendido pela DRJ adoto-o em sua integralidade, complementando-o quando entender necessário:

Contra a contribuinte acima qualificada foram lavrados os Autos de Infração de fls. 03 a 29, para exigência de crédito tributário no montante de R\$ 36.913.276,72, assim discriminado:

	TRIBUTO	JUROS	MULTAS		TOTAL
			PROPORCIONAL	ISOLADA	
IRPJ	11.178.120,58	2.357.222,58	8.383.590,43	5.152.565,76	27.071.499,35
CSLL	4.032.763,41	850.062,02	3.024.572,56	1.934.379,38	9.841.777,37
					36.913.276,72

Segundo a “Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal/Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica”, as fls. 05 e 06, foram imputadas à interessada as seguintes infrações:

0001 AJUSTES DO LUCRO LÍQUIDO DO EXERCÍCIO

ADIÇÕES NÃO COMPUTADAS NA APURAÇÃO DO LUCRO REAL

Conforme detalhado no relatório fiscal (TVF) que integra o presente auto, o contribuinte em tela DEIXOU DE ADICIONAR, na determinação do lucro real do ano-calendário em questão, valor atribuído a AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO, que se revelara "inedutível" frente às normas tributárias. Tendo se valido de tal redução, na forma de ajustes procedidos no RTT", conforme espelhado na DIPJ, Livro Lalur e respectivos demonstrativos de apuração apresentados pelo fiscalizado.

Multa (%)	Fato Gerador	Valor Apurado (R\$)
75,00	31/12/2011	33.784.233,28
75,00	31/12/2012	39.746.156,80

Enquadramento Legal

Fatos geradores ocorridos entre 01/01/2011 e 31/12/2012:
art 2º da Lei 9249/95
art. 3º da Lei nº 9.249/95.
Arts. 247 e 249 do RIR/99

0002 MULTA OU JUROS ISOLADOS
FALTA DE RECOLHIMENTO DO IRPJ SOBRE BASE DE CÁLCULO ESTIMADA

Falta de pagamento do Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ) incidente sobre a base de cálculo estimada, apurada via sistemática de balanços mensais de suspensão ou redução. Na presente ação, a fiscalização apurara ausência de pagamento ou recolhimento A MENOR de estimativas mensais de IRPJ devidas pelo contribuinte, ao efetuar os ajustes decorrentes dos ilícitos fiscais em que o mesmo incorrera, conforme espelhado no TVF e nas planilhas de estimativas que integram este auto.

<i>Fato Gerador</i>	<i>Multa</i>
28/02/2011	11.979,82
30/04/2011	66.112,91
31/05/2011	15.757,17
31/07/2011	642.776,61
30/09/2011	815.708,37
31/10/2011	732.046,80
30/11/2011	206.862,79
28/02/2012	60.511,92
31/03/2012	143.189,80
30/04/2012	692.306,33
31/05/2012	408.446,40
30/06/2012	202.697,58
31/08/2012	759.329,97
31/10/2012	214.606,49
30/11/2012	180.232,80

Enquadramento Legal

Fatos geradores ocorridos entre 28/02/2011 e 30/11/2012:

art 25 DL 1598/77 com red art 1º inc III DL 1730/79; c/c art 6º do DL1598/77 (reproduzido no art 391 c/c art 247 e 249 do RIR/99)

Arts. 222 e 843 do RIR/99; art. 44, inciso II, alínea b, da Lei nº 9.430/96, com a redação dada pelo art. 14 da Lei nº 11.488/07

Fazem parte do presente auto de infração todos os termos, demonstrativos, anexos e documentos nele mencionados.

Com respeito à CSLL, conforme fls. 19 e 20, o Auto de Infração assim descreve a infração apurada:

0001 CUSTOS/DESPESAS OPERACIONAIS/ENCARGOS

ADIÇÕES NÃO COMPUTADAS NA APURAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DA CSLL

Conforme detalhado no relatório fiscal (TVF) que integra o presente auto, o contribuinte em tela DEIXOU DE ADICIONAR, na determinação do lucro real do ano-calendário em questão, valor atribuído a AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO, que se revelara "inedutível" frente às normas tributárias. Tendo se valido de tal redução, na forma de ajustes procedidos no RTT", conforme espelhado na DIPJ, Livro Lalur e respectivos demonstrativos de apuração apresentados pelo fiscalizado.

Fato Gerador Valor Apurado (R\$) Multa (%)

31/12/2011 33.784.233,28 75,00

31/12/2012 39.746.156,80 75,00

Enquadramento Legal

Fatos geradores ocorridos entre 01/01/2011 e 31/12/2012:

Art. 2º da Lei nº 7.689/88 com as alterações introduzidas pelo art. 2º da Lei nº 8.034/90

Art. 57 da Lei nº 8.981/95, com as alterações do art. 1º da Lei nº 9.065/95

Art. 2º da Lei nº 9.249/95.

Art. 1º da Lei nº 9.316/96; art. 28 da Lei nº 9.430/96

Art. 3º da Lei nº 7.689/88, com redação dada pelo art. 17 da Lei nº 11.727/08

0002 MULTA OU JUROS ISOLADOS

FALTA DE RECOLHIMENTO DA CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE A BASE ESTIMADA

Falta de pagamento da Contribuição Social incidente sobre a base de cálculo estimada em função da receita bruta e acréscimos e/ou balanços de suspensão ou redução. Na presente ação, a fiscalização apurara ausência de pagamento ou recolhimento A MENOR de estimativas mensais de CSLL devidas pelo contribuinte, ao efetuar os ajustes decorrentes dos ilícitos fiscais em que o mesmo incorrera, conforme espelhado no TVF e nas planilhas de estimativas que integram este auto.

Fato Gerador	Multa
28/02/2011	13.615,04
30/04/2011	23.800,64
31/05/2011	7.393,49
31/07/2011	234.437,27
30/09/2011	297.737,77
31/10/2011	264.873,38
30/11/2011	78.626,91
28/02/2012	38.408,01
31/03/2012	60.527,60
30/04/2012	267.868,45
31/05/2012	150.431,65
30/06/2012	74.306,53
31/08/2012	251.651,40
30/09/2012	10.196,03
31/10/2012	77.618,34

30/11/2012 82.886,87

Enquadramento Legal

Fatos geradores ocorridos entre 28/02/2011 e 30/11/2012:

Art. 44, inciso II, alínea b, da Lei nº 9.430/96, com a redação dada pelo art. 14 da Lei nº 11.488/072007

Fazem parte do presente auto de infração todos os termos, demonstrativos, anexos e documentos nele mencionados.

Termo de Verificação Fiscal

Os procedimentos e verificações realizados no curso da ação fiscal, bem como as conclusões que dela resultaram, estão relatados no "Termo de Verificação Fiscal" de fls. 31 a 103, do qual se reproduzem os seguintes excertos:

INTRODUÇÃO:

Ao amparo do Termo de Distribuição de Procedimento Fiscal (TDPF) nº 06.0.01.00-2013-00084-0, efetivamos exames de verificação quanto a cumprimento das obrigações tributárias do Imposto de Renda (IRPJ) e Contribuição Social sobre o Lucro líquido (CSLL), por parte da pessoa jurídica em epígrafe, relativamente aos anos-calendários de 2011 e 2012.

No escopo da ação fiscal, encontram-se deduções fiscais a título de amortização de ágio, computadas pela empresa contribuinte na apuração da sua base tributável de IRPJ e CSLL. Ao que a mesma atribui como decorrente de investimento formalizado em 2007, representado pela aquisição do controle acionário da empresa SN Mineração e Logística Ltda.

Os trabalhos concentraram-se, assim, nas reduções computadas pela fiscalizada em sua base tributável dos anos-calendários de 2011 e 2012; exigindo análise detalhada dos fatos, circunstâncias e elementos que envolveram a segregação e dedução fiscal do aludido do ágio. No que se inclui o exame da forma e circunstâncias em que se efetivara o investimento originário, a análise dos aspectos de reorganização societária e combinação de negócios promovidos pela fiscalizada, e dos e registros contábeis e demonstrações financeiras - da fiscalizada, entes sucedidos, e demais entes relacionados/vinculados, envolvidos nas operações objeto deste procedimento.

BREVE HISTÓRICO DA FISCALIZADA:

A contribuinte ora fiscalizada - Empresa de Mineração Esperança S/A (doravante, EMESA; ou Cia) - trata-se de pessoa jurídica constituída em 07/05/1970 (consoante cadastro da RFB), que se vira convertida em sociedade de capital fechado no início de 2007, mediante transformação das quotas de responsabilidade limitada da antes denominada Empresa de Mineração Esperança Ltda. Ao tempo em que tal pessoa jurídica encontrava-se no regime de "concordada suspensiva" - situação jurídica esta, estabelecida entre os anos de 2004/2005, quando o Sr. Cristiano Monteiro Parreiras (CPF : 030.102.416-23) assumira o seu controle acionário, mediante participação societária detida de forma direta e indireta. Nesta última, por meio da "pessoa jurídica" Starwood Brasil Comercial Exportadora Ltda (CNPJ: 07.121.644/0001-87; doravante, Starwood); da qual era sócio titular, com 90% detidos sobre o seu capital; frente a 10% detidos pela irmã Juliana Monteiro Parreiras.

Nesse contexto, a Cia Starwood exercera o papel de sócia controladora da EMESA a partir do referido ano (2005), ao suceder a então controladora Empresa Paraopeba

Ltda (CNPJ: 16.589.814/0001-43) – pessoa jurídica esta, que detinha formalmente naquela oportunidade o percentual de 94,25% das quotas de capital desta fiscalizada.

Com planta industrial no município de Brumadinho (MG), e objeto societário voltado para as atividades de exploração, industrialização e comércio de minérios em geral, incluindo exportação e importação de produtos próprios ou de terceiros; a Cia EMESA tivera o quadro societário novamente alterado no início de 2007, quando a sócia Starwood (recém-ingressa) transferira suas quotas a outra pessoa jurídica - também controlada pelo Sr. Cristiano Monteiro Parreiras. No caso, para a empresa SN Mineração e Logística Ltda (doravante, SN Mineração), cujo contrato de constituição trazia a atividade de extração de minério de ferro como objeto societário; e indicava, como sócios, a própria Cia Starwood (com 90% de participação sobre o capital); e o referido Cristiano Monteiro Parreiras, detendo outros 10%.

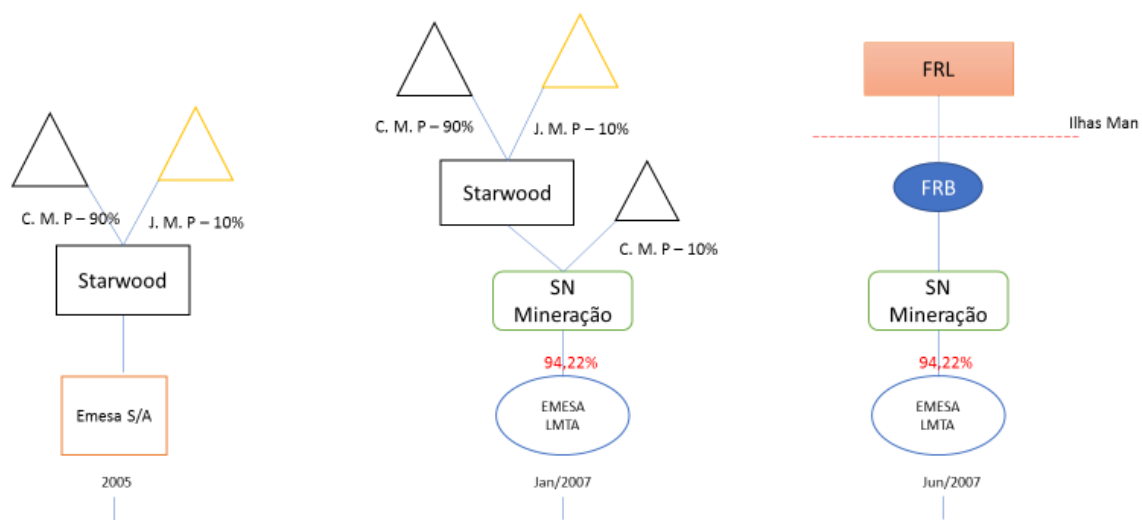
Em 19/06/2007 - mediante “ajuste” intitulado “contrato de compra e venda de quotas da SN” (anexos) -; um fundo de investimentos estrangeiro, então representado pela empresa “Ferrous Resources Limited” (Ilha de Man – Reino Unido), adquirira o controle acionário da empresa SN Mineração, junto à família “Monteiro Parreiras”. No que o ente estrangeiro adquirira tanto a participação acionária pessoal e diretamente detida pelo Sr. Cristiano M. Parreiras no capital da SN Mineração (10% das quotas), quanto à participação indireta que este matinha (junto à irmã), através da sócia (pessoa jurídica) Cia Starwood - então detentora de 90% das quotas da SN.

Na medida em que arcava com o ônus financeiro decorrente da aquisição do controle acionário da empresa (“residente”) SN Mineração, o adquirente estrangeiro integralizava quotas de capital numa pessoa jurídica (“local”), constituída concomitantemente à operação - no caso, a Cia Ferrous Resources do Brasil Ltda (doravante, FRB).

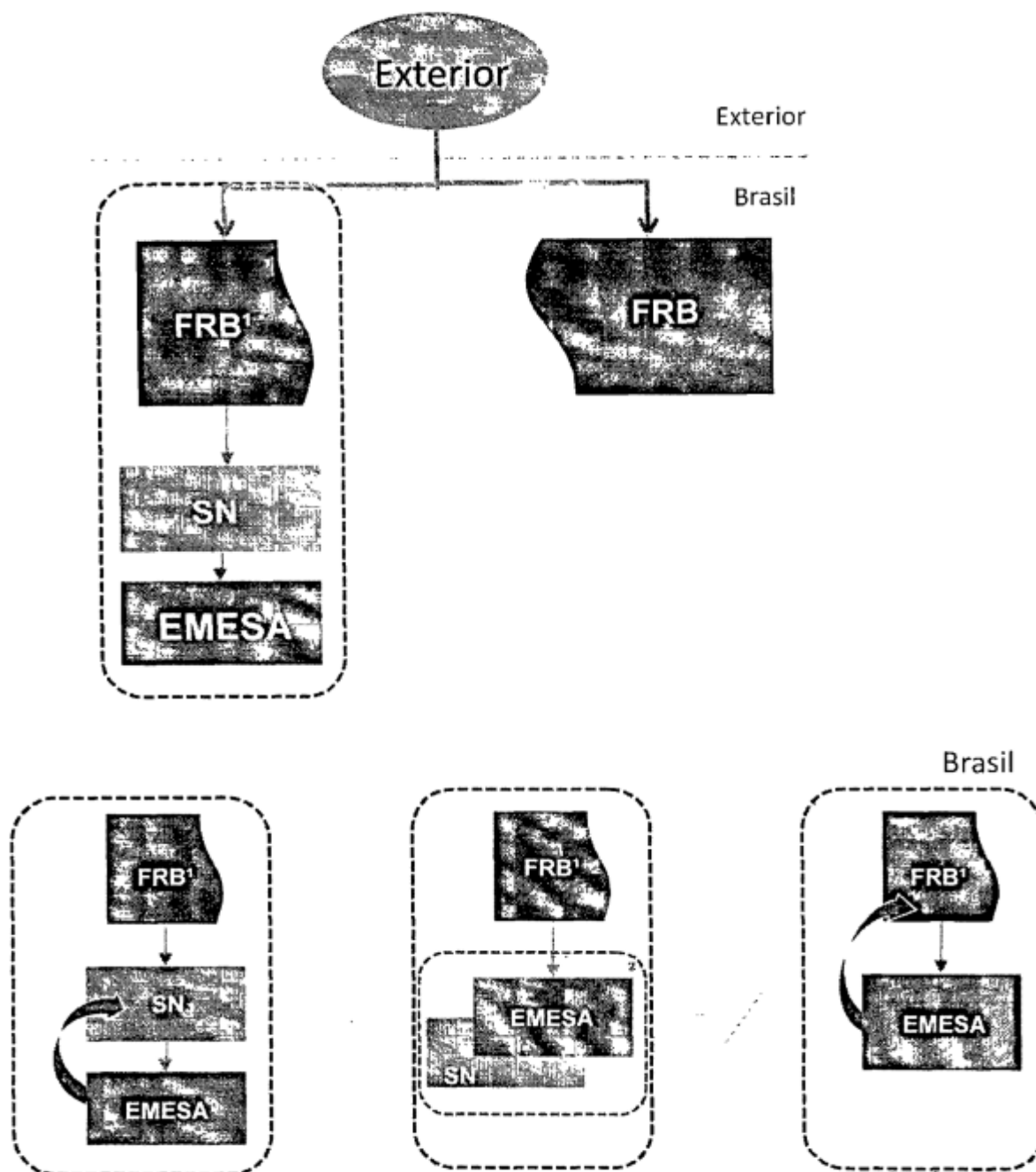
Em 30/10/2009, a Cia EMESA formalizara uma “combinação de negócios”, envolvendo duas outras pessoas jurídicas a ela vinculadas, a saber: a Cia FRB (então, no papel de sua controladora indireta), e a empresa SN Mineração (esta, na qualidade de sua controladora direta). Operação societária que, no entendimento da ora fiscalizada, deflagrara-lhe o direito de se valer fiscalmente da amortização de um “ágio” segregado no ano de 2007, na escrita da Cia “vinculada” FRB.

Por fim, tem-se que, a partir de janeiro de 2011, a Cia EMESA passara a computar, na apuração da sua base de cálculo de IRPJ e CSLL, deduções tributárias expressivas, atribuídas a “amortizações de ágio”. Tendo, como elemento deflagrador suscitado, a combinação de negócios retrocitada. E, como investimento originário do ágio segregado, a referida aquisição do controle acionário da empresa SN Mineração, formalizada no ano de 2007. Numa operação de investimento que fora integralmente promovida e custeada pela Cia estrangeira Ferrous Resources Limited (Ilha de Man – Reino Unido); na qualidade de “investidora de fato”.

Graficamente teríamos:



Em 2009, ocorreram as seguintes operações societárias:



DA DEDUTIBILIDADE FISCAL DO ÁGIO: HISTÓRICO, ASPECTOS NORMATIVOS E ELEMENTOS ESSENCIAIS

A figura do “aproveitamento fiscal do ágio”, suportado em investimento promovido por uma empresa residente em outra, na forma de aquisição de controle ou de participação societária minoritária, surgira na esteira de lei editada pelo governo de FHC, em meio à adoção de medidas de incentivos às privatizações. Num cenário em que se destacava uma clara intenção do Mandatário em reduzir a participação empresarial do Estado na economia, transferindo-a ao setor privado. Nesse contexto, intentava-se, pois, incentivar a participação de empresas operativas em capital de outras, incrementando fusões e aquisições de negócios, de forma a tornar atrativa a participação do capital privado no programa desestatizante em curso.

Foi nesta atmosfera - do chamado Programa Nacional de Desestatização (PND) - que se dera a edição da Lei 9.532/1997; cujo artigo 7º (regulamentado na redação dos artigos 385, 386, 387 e 391 do RIR/99) passara a admitir “efeitos fiscais” sobre o “ágio” segregado na escrita comercial, na porção máxima de 1/60 do seu valor amortizável para cada mês integrante do período de apuração fiscal. Ficando, porém, condicionada à efetivação de evento societário, ou seja, na dependência de (entre outros) que a empresa (investidora “residente”) incorporasse o patrimônio daquela (investida “residente”) em que já detivesse participação acionária adquirida com ágio, sob o fundamento econômico de rentabilidade futura - tudo, devidamente motivado, comprovado e demonstrado na escrituração.

Sob a redação original da Lei 9.532/97, nascia, assim, uma forma de “amortização fiscal do ágio”, cuja contrapartida (“despesa”) passara a ser aceita como “dedutível” na apuração do resultado tributável da empresa, desde que confirmadas determinadas condições e/ou requisitos.

Como se vê, o artigo 7º da Lei 9.532/97 fizera com que o ágio amortizado na contabilidade societária pudesse se refletir na apuração da base de cálculo do IPRJ da empresa que o segregara (“investidora”) – ou seja, despesas registradas em contrapartida à amortização contábil do ágio”, passaram a ser aceitas como fiscalmente dedutíveis. Porém, tal “aproveitamento fiscal” ficara condicionado à confirmação de determinadas condições e/ou requisitos, dentre as quais: (i) ocorrência de evento de incorporação, fusão ou cisão, em que a empresa (investidora) absorva diretamente o patrimônio do ente investido, no qual detinha participação societária adquirida com ágio; (ii) registro do ágio (na escrita do empresa “investidora”) em contrapartida à conta do bem ou direito que lhe dera causa; (iii) dedução fiscal sobre o valor amortizável do ágio limitada à razão máxima de 1/60 por período de apuração, nas apurações (de lucro real) subsequentes ao evento societário deflagrador (incorporação/cisão); (iv) custo de aquisição (incluído a parcela de ágio) comprovadamente suportado (pago/custeado) pela empresa investidora; e, (vi) fundamentação econômica do ágio suportado no investimento, baseada em documento (“demonstrativo/laudo”) de rentabilidade futura.

Todavia, o mesmo Diploma lograra trazer em seu artigo seguinte (artigo 8º) a possibilidade de as disposições contidas no artigo 7º alcançarem situações em que a “incorporada” fosse a própria detentora da participação societária – operação que viria adquirir o rótulo de “incorporação reversa”, ou “às avessas”; numa modalidade que, de pronto, nos soa anômala perante a lógica dos negócios empresariais. Uma vez que o ente envolvido sai da condição de empresa investida para absorver a própria investidora; ou da condição de entidade controlada para incorporar aquela “investidora” que até então lhe controlava.

Tem-se, assim, um exemplo a que se pode atribuir a inclusão de tal dispositivo no texto da referida lei, sem que se possa, por outro, valer-se do mesmo para ancorar ou justificar ágios forçados ou artificiais, surgidos nas mais variadas (e abusivas) combinações de negócios. Como nas situações em que entidades empresariais (existentes “de fato”) recorrem às chamadas “entidades veículos”; as utilizando como figuras meramente interpostas entre os seus “negócios”; no afã (exclusivo) em forçar o surgimento do “ágio fiscal” sobre negócios formalizados. Ou nas situações, em que os atores principais recorrem a uma sequência de atos formalizados, em curto lapso temporal, sem motivação econômica efetiva, que não o intuito específico em fabricar deduções fiscais a título de “amortização de ágio”. No que tendem a segregar, prévia e contabilmente, um pseudo “ágio”; que, via de regra, não se estabeleceria ou se configuraria no curso real dos fatos. Já que o intuito final é carregá-lo para outra pessoa jurídica; esta, quase sempre, na qualidade de empresa operativa (constituída de fato e direito), e efetivamente interessada em extrair vantagens tributárias mediante a formalização de negócios combinados.

Para tanto, e sem que seja dispensada concomitante análise fiscal quanto à essencialidade dos atos à luz do normativo tributário e do contexto ora exposto,

entende-se que a dedutibilidade fiscal de ágio baseado em rentabilidade futura passa pela confirmação das condições a seguir elencadas:

- 1) Existência de laudo (ou documento equivalente), arquivado como “demonstração” do ágio suportado pela parte investidora sobre a parte investida; de autoria técnica e isenta, e conteúdo suficiente a motivar o pagamento de valor adicional (ágio) sobre o investimento adquirido, em relação ao seu valor representativo na contabilidade da parte investida.*
- 2) Existência de efetivo pagamento de preço a terceiros alienantes, pelo investimento adquirido, no qual esteja contemplado o custo total da aquisição, incluída a parcela de ágio; cujo ônus financeiro tenha recaído (de fato) sobre o adquirente que contabilizara o investimento originário do ágio.*
- 3) Existência de documento contendo os elementos justificadores do ato/evento societário de “incorporação”, a partir do qual se deflagrara a amortização do ágio.*
- 4) Existência de lapso temporal entre a contabilização do ágio e a data de ocorrência do evento deflagrador de sua amortização fiscal (“incorporação/cisão/fusão”); suficiente a empregar razoabilidade aos atos e eventos societários formalizados, frente à realidade negocial.*
- 5) Existência de independência negocial entre as pessoas jurídicas envolvidas na formalização do ágio, com autonomia administrativa das partes e respectivo histórico operacional a materializar suas constituições formais e objetos societários.*

Dado o exposto, voltemos a análise dos elementos e circunstâncias que envolveram a configuração do “ágio” em tela e sua amortização por parte da ora fiscalizada, cujos valores foram computados como dedução na apuração da sua base tributável de IRPJ dos anos calendários de 2011 e 2012 – a título de “amortização de ágio”.

DA ANÁLISE DE DEDUTIBILIDADE FISCAL DA AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO EM TELA

A empresa SN Mineração e Logística Ltda – na qualidade de empresa “residente”, objeto de investimento no ano de 2007, mediante participação acionária adquirida pela investidora estrangeira Ferrous Resources Limited junto à família “Monteiro Parreiras” – fora constituída no País em janeiro de 2006, tendo, como objeto social registrado, a atividade de mineração, beneficiamento, comercialização de minério de ferro, bem como a exploração de terminais rododiferroviários.

Em junho de 2007, os sócios fizeram a “cessão formal” de 100% das quotas detidas no capital da SN Mineração para a pessoa jurídica (então) recémconstituída (a Ferrous Resources do Brasil Ltda – ou, FRB); cedendo ainda uma parcela simbólica à pessoa física Sr. André Simão Osório de Barros. Tudo, no âmbito do “contrato de compra e venda de quotas da SN” (anexos); firmado entre os sócios controladores da SN Mineração (família Monteiro Parreiras) e a adquirente estrangeira Ferrous Resources Limited (ou Ferrous Ltd – Ilha de Man) - conforme detalharemos adiante. Pelo que a Cia (“residente”) então constituída (FRB) passara a deter o controle (formal) de 99,99% do capital social da empresa SN Mineração . A qual, por sua vez, eram quem controlava societariamente a Cia EMESA. No que restara ao sócio (pessoa física) André Osório o percentual simbólico de 0,01%.

Conforme antecipado, tal ato societário representara a formalização de um investimento externo na empresa residente SN Mineração; tendo, como protagonista, a empresa estrangeira Ferrous Resources Limited (Ilha de Man - Reino Unido) – que promovera a operação e a arcara com o ônus financeiro dela decorrente.

Consoante ata de reunião do dia 30/10/2009, a Cia FRB (então, no papel de “controladora formal” da SN Mineração) autorizara a “incorporação” desta, por parte da ora fiscalizada (EMESA). Ou seja, a empresa SN Mineração (que até então controlava a Cia EMESA) fora absorvida pela própria controlada. No mesmo ato, aprovava-se o Laudo de Avaliação do patrimônio líquido da Cia incorporada (SN Mineração), datado de 21/10/2009. Tudo isso, no contexto do documento intitulado “Protocolo de Cisão Parcial e Incorporação” (anexos) - lavrado no dia 01/10/2009. Documento que formalizara a referida “combinação de negócios”; envolvendo, assim, a incorporação (pela EMESA) da sua então controladora (SN Mineração); concomitantemente ao registro formal de outra operação - no caso, a absorção “direta” (pela própria EMESA) de parcela cindida do patrimônio contábil da Cia FRB. No que a parte cindida representava a participação societária detida sobre a SN Mineração, ou seja, o dito investimento sobre o qual se segregara o ágio em 2007.

Nota-se, de antemão, que os atos societários supracitados não evidenciam a ocorrência de uma incorporação envolvendo diretamente a parte “investidora” (FRB) e a parte “investida” (SN Mineração); nem mesmo, uma “confusão patrimonial” reversa – numa situação em que “investidora” esteja sendo diretamente absorvida pela própria “investida”. Ou seja, não existira uma confusão patrimonial direta entre as partes documentadas no aludido investimento – qual seja, a cia FRB no papel de “investidora”; e a SN Mineração, na qualidade de ente “investido”; em que “um” estivesse incorporando ao “outro”. Condição esta, que, conforme antecipado, integra o rol de elementos deflagradores da amortização fiscal do “ágio”, ou seja, que têm o condão de transformar o ágio amortizável na contabilidade em dedução fiscal na apuração do lucro real.

Destacando por último que, ao tempo da formalização da aludida combinação de negócios (10/2009), a estrangeira Atlantic Iron Sarl (Luxemburgo) era quem, por direito, detinha o controle societário da Cia (“residente”) FRB; e (indiretamente) da Cia SN Mineração – e, por consequência, da própria EMESA; a quem a SN Mineração diretamente controlava. Já que em 2008, a investidora (original) Ferrous Ltd (Ilha de Man) havia cedido a tal estrangeira (integrante do mesmo grupo econômico no exterior) o controle societário da SN Mineração.

Uma vez demonstrado que o investimento formalizado – sobre o qual se assentara a segregação contábil do ágio em questão – remete à operação de aquisição das quotas de capital da empresa SN Mineração (cia residente “investida”); impera-se, na sequência, discorrer sobre as formas pelas quais o adquirente “de fato” efetivara as contraprestações (financeiras e outras) correspondentes ao investimento adquirido. Bem assim, sobre os aspectos que envolveram a segregação e contabilização do “ágio” suscitado na operação; e ainda, sobre as questões afetas à amortização contábil do mesmo ágio, consoante regras tributárias, e da contabilidade societária.

No contexto do retrocitado contrato de compra e venda de quotas da SN, e respectivos “aditamentos” ajustados entre a adquirente estrangeira (Ferrous Ltd) e a alienante “local”, verifica-se que a contraprestação pela aquisição do controle acionário da SN Mineração envolvera duas vertentes: uma, na forma de contraprestação monetária, no montante atribuído de US\$58,4milhões, havido pela parte alienante, pela cessão de 100% da participação detida sobre o capital da SN Mineração; e outra, na forma de permuta de ações. Pelo que a parte alienante ainda receberia, em troca de sua participação na SN, o total de 75.000.000 de ações da própria adquirente estrangeira. Operação de permuta que, conforme demonstrativo apresentado pela fiscalizada (anexos), atribuíra-se o valor de US\$45 milhões (75.000.000 x US\$0,60 p/ação); equivalentes à soma de R\$83.254.500,00, na data de 27/11/2007 – conforme exarado em resposta da fiscalizada no curso da ação fiscal (anexos).

Considerando que a Cia estrangeira (Ferrous Ltd) fora quem (de fato) promovera, custeara e suportara o ônus decorrente da aquisição do controle acionário da empresa SN Mineração, tendo, naquela oportunidade, apenas contabilizado a aquisição em nome de uma pessoa jurídica “local” (FRB), que se vira constituída ao tempo da

operação; e cujas quotas de capital foram subscritas e/ou integralizadas à medida que a investidora estrangeira firmava e/ou realizava os “compromissos” contratuais. E que, uma sucessão de registros formalizados fizera com que a empresa “investida/alienada” (SN Mineração) ficasse diretamente controlada pela Cia “local” (FRB); e, indiretamente, pela adquirente “de fato” no exterior (Ferrous Ltd). E dado que, em razão da mesma “aquisição”, a investidora estrangeira transferira ao “alienante” ações subscritas em seu capital. Logo, tem-se que a “parte alienante” ainda continuava “detendo participação” (mesmo que indiretamente, e junto a novos sócios) sobre a própria empresa alienada (SN Mineração); e, conseqüentemente, sobre a ora fiscalizada (EMESA) – que, ao tempo da operação, era “controlada” pela SN. Transação em forma de permuta de ações, cujo resultado e essência negocial afronta um dos requisitos básicos para a “dedutibilidade fiscal” de determinado “ágio” segregado numa operação de investimento entre empresas residentes; qual seja: o pagamento (comprovado) de preço a terceiros alienantes. Dado que, na operação de permuta em questão, aquele que seria o “terceiro alienante” continuava detendo participação sobre a própria empresa alienada – tendo apenas alterado a forma de controle societário sobre a mesma; passando, pois, da condição de sócio titular – em participação direta -, para sócio na condição indireta. Conforme se encontra exarado nos termos do referido contrato de compra e venda de quotas da SN, firmado pelas respectivas partes (anexos).

Sendo assim, e se (apenas hipoteticamente) estivessem satisfeitas as demais condições previstas no normativo tributário para aproveitamento fiscal das amortizações decorrentes do aludido ágio; ter-se-ia, frente às contraprestações listadas pela fiscalizada, a soma de US\$58,4 milhões, a se qualificar como “efetivo pagamento” a terceiros alienantes. Montante este, que, consoante o referido levantamento do contribuinte - quanto a composição do ágio em tela (vide transcrição adiante) - encontra-se construído da seguinte forma: (i) US\$30 milhões, em 19/06/2007 – que, ao cambio de 1,9058, representara R\$57.174.000,00; (ii) US\$18.459.729,39, em 27/11/2007 – que, ao cambio de 1,8501, implicara em R\$34.152.345,34; e (iii) parcela adicional de US\$10 milhões, suportada em 05/05/2009 – que, ao cambio de 2,1476 – representara R\$21.476.000,00 . O que implicaria num total de desembolso monetário equivalente (em moeda nacional) à soma de R\$112.802.345,34. Volume monetário este, que se verifica, de pronto, como inferior ao ágio segregado na operação em tela, constante do demonstrativo fornecido pela fiscalizada – no qual se encontra informado o total de R\$198.730.784,00. A responder pela quase totalidade de tal diferença, está o fato de a fiscalizada ter considerado, na composição do ágio incorrido na aquisição das quotas de capital da SN, a permuta de ações envolvendo a investidora estrangeira Ferrous Ltd - operação, a que a fiscalizada atribuíra o “esforço financeiro” de US\$45 milhões (ou R\$83.254.500,00, ao cambio de 1.8501).

De tal forma, foi que a ora fiscalizada demonstrara o ágio segregado na operação, sendo que, dos R\$198 milhões suscitados, R\$148 milhões constam como registrados em 19/06/2007 – ou seja, na mesma data de formalização do mencionado contrato de compra e venda das quotas da SN (anexos). Verificando os registros constantes do livro “diário” da Cia FRB, referente ao ano de 2007 (anexos), nota-se que os “saldos de encerramento das contas do ativo” indicavam o valor (a debito) de R\$218 milhões, na rubrica 1.3.11.12.023 (“Part. Empr. Coligadas/Controladas – AGIO – SN MINERAÇÃO”); contra R\$33 milhões (a credito; portanto, investimento negativo), na conta 1.3.11.11.011 (“Investimentos–SN Mineração”).

Quanto à “contraprestação monetária” de US\$10 milhões, prevista no contrato de aquisição das quotas de capital da SN Mineração (19/06/2007) como dispêndio adicional condicionado à confirmação de evento futuro; verifica-se que a realização da mesma foi registrada em 05/2009, pela quantia equivalente de R\$21.476.000,00. Em linha, pois, com os termos de “aditamento” ao contrato inicial (anexos), embora tal dispêndio não tenha sido listado no “rol de dispêndios/pagamentos” fornecido pela fiscalizada.

Ainda sobre as contraprestações monetárias, verifica-se que - dentre a monta de US\$58,4 milhões (ou R\$112,8 milhões), detalhada pela fiscalizada como “pagamentos” demandados pela aludida aquisição -, constara o valor de US\$16 milhões, como dispêndio efetivado diretamente no exterior. Sendo o valor de US\$13 milhões / R\$25.495,600, na data de 31/07/2007 - registrado como “vlr pago ao Cristiano pela Ferrous Ltd ; e mais o valor de US\$3 milhões / R\$4.775.700,00, em 30/06/2008 – tido como “reclassificação de valor a Cristiano e Starwood”. No que a fiscalizada ainda informara (vide demonstrativo e informações supratranscritas) que a referida quantia havia sido contabilizada no “passivo” da Cia FRB, como dívidas contraídas junto à controladora estrangeira (Ferrous Ltd); em atendimento a instruções desta última. Tendo ratificado que os pagamentos efetivados no exterior foram feitos em nome da subsidiária FRB; e que esta, no entendimento da fiscalizada, fora quem adquirira as quotas de capital da SN Mineração – o que justificaria, assim, tanto o registro da dívida na contabilidade da mesma, quanto a inclusão de tais valores no cômputo do esforço financeiro consumido na operação.

Ou seja, adicionalmente à mencionada operação de troca de ações, que propiciara, em prática, que a “alienante” continuasse detendo participação (ainda que indireta) sobre a própria empresa “alienada” (SN); depara-se, desta feita, com uma contraprestação monetária, também atribuída como realizada no exterior, cujo custo (ônus) financeiro fora diretamente suportado pelo adquirente “de fato” (Ferrous Ltd). Ou seja, ainda que nitidamente suportado por ente distinto do adquirente formalizado na operação (Cia FRB), tal dispêndio servira, no entanto, para compor a segregação contábil do ágio em tela, como se o custo de tal contraprestação tivesse sido suportado pela Cia “local” - a quem o efetivo adquirente atribuíra o papel de “investidor”. Isso, mediante uma sequência de ajustes formais (e contábeis); ora utilizados pela fiscalizada para justificar o aproveitamento fiscal de um ágio segregado em 2007 - como se o investimento originário tivesse sido custeado por “investidor” residente.

A inclusão, no cômputo do ágio suscitado pela fiscalizada, do valor atribuído a tal “ajuste” reveste-se em mais uma tentativa de se converter um custo de capital - nitidamente suportado no exterior (pela investidora de fato) - em ônus financeiro próprio de uma pessoa jurídica “local” (FRB). A qual, conforme discorrido, se vira constituída junto à aquisição do controle acionário da empresa SN Mineração. Condição esta, que, pela mesma razão retratada anteriormente, faz com que tais contraprestações (US\$16 milhões / R\$30.271.300,00, atribuídas como realizadas no exterior pela “efetiva” adquirente) se afigurem, de pronto, como valores não elegíveis, para efeito de composição de ágio suscetível a dedução fiscal.

Frente a isso e antes de se adentrar na análise mais detalhada da amortização fiscal do ágio em questão; observa-se, inicialmente, que a soma daquilo que se apresenta como “pagamento realizado” em contrapartida ao investimento em tela resume-se, pois, a US\$42,4 milhões (ou R\$82.531.045,34). Quantia inferior, portanto, ao montante de US\$58,4 milhões (ou R\$112.802.345,34), suscitados pela fiscalizada, na forma de “contraprestações monetárias”, supostamente suportadas pela FRB. Ou, inferior (em muito) àquilo que a ora fiscalizada suscitara como montante de ágio segregado na operação (R\$198 milhões / US\$103 milhões) – ao incluir, em tal valor, a contraprestação decorrente da permuta de ações no exterior (R\$83 milhões / US\$45 milhões).

Nisso, já se impera adentrar na questão afeta à amortização contábil do ágio segregado em 2007, em nome da Cia FRB, por decorrência da aquisição das quotas de capital da SN Mineração. Investimento que, conforme demonstrado, fora promovido e custeado pelo ente estrangeiro Ferrous Resources Limited (Ilha de Man – Reino Unido). O fato é que, ao se formalizar o investimento no país, o mesmo se vira registrado em nome de uma pessoa jurídica (“local”), constituída pelo investidor estrangeiro ao tempo da aludida aquisição. Assim, a integralização de capital naquela pessoa jurídica (FRB) ocorria à medida que o adquirente estrangeiro efetivava as contraprestações junto ao alienante “residente”. E, dado que a empresa “adquirida” (SN) apresentava patrimônio líquido negativo (conforme excerto de balancete

supratranscrito), as contraprestações custeadas pelo investidor estrangeiro foram registradas (integralmente) como “ágio”. No que se incluíra no valor segregado, conforme antecipado, toda a gama de contraprestações previstas no contrato formalizado pelas partes interessadas (anexos); mesmo as de realização futura, como dispêndios a serem suportados diretamente no exterior, e até contraprestação não monetária, como a retratada operação de permuta, envolvendo troca de ações entre a adquirente estrangeira (Ferrous Ltd) e a parte alienante (“local”) - então detentora das quotas de capital da SN Mineração.

Em que pese regras da contabilidade societária - contidas, em especial, na “Lei das S/A” e suas atualizações; e, demais disposições afins emanadas dos órgãos normatizadores e reguladores da contabilidade nacional; como CFC, CPC e CVM, quanto à observância das amortizações periódicas (mensais) sobre “bens do ativo” registrados na escrita das entidades -; constatou-se que nenhuma amortização contábil fora registrada desde 2007 na escrita da “tida” investidora FRB (“cindida parcialmente” em 2009). Ou seja, redução contábil alguma sofrera o ágio entre a sua segregação em 2007 e o evento societário de incorporação/cisão formalizado em 10/2009 - quando, por meio de uma combinação de negócios, fora transferido (diretamente) do patrimônio da Cia FRB para o patrimônio contábil da Cia EMESA. Com isso, a fiscalizada - que ora suscita o aproveitamento fiscal (integral) do referido ágio - tivera à disposição um estoque de ágio “amortizável” em valor muito superior ao que seria passível de dedução fiscal, se tivessem incidido sobre ele as reduções mensais a título de amortização. Isso, se satisfeitos estivessem (obviamente) os demais requisitos normativos e condições que regem a “amortização fiscal do ágio”, conforme já antecipado.

Em resposta a questionamentos fiscais (anexos), a EMESA confirmara não ter havido amortizações contábeis do ágio anteriormente ao evento de incorporação/cisão.

No que cabe pontuar, de antemão, que tanto a ora fiscalizada quanto a Cia FRB - cuja parcela patrimonial “cindida” em 2009 (representada pelo próprio ágio em questão) foi diretamente vertido ao patrimônio contábil da Cia EMESA -; trata-se de pessoas jurídicas optantes (ou sujeitas) à sistemática do Regime Tributário de Transição (RTT); cuja técnica cuida dos ajustes tributários decorrentes dos novos métodos e critérios contábeis introduzidos pelas leis 11.637/2007 e 11.941/2009; que tenham modificado o conceito de reconhecimento de receitas, custos ou despesas computadas na apuração do lucro líquido do exercício. Tal sistemática (optativa em 2008 e 2009, e obrigatória a partir de 2010) propicia, na prática, uma neutralidade fiscal; fazendo com que as empresas sujeitas a tal regime anulem eventuais efeitos decorrentes dos novos critérios, ao apurarem o lucro real do exercício - regredindo, assim, à metodologia contábil vigente em 31/12/2007.

Conforme demonstrado, ao deixar de efetivar as amortizações periódicas na escrita comercial (e/ou societária) da “tida” investidora (FRB), tem-se, como primeira consequência favorável ao contribuinte em tela, um “estoque” de ágio amortizável (suscetível à dedução fiscal) maior do que o real. Já que o montante de ágio “dedutível”, a ser aproveitado na apuração de lucro real - após a incidência de evento deflagrador de sua amortização fiscal - representa o valor do ágio registrado na contabilidade deduzido das amortizações acumuladas no tempo. Amortizações contábeis estas, que devem ser (inclusive) objeto de controle no livro LALUR da empresa que contabiliza o ágio, conforme exigência da norma fiscal. A segunda consequência reside na distorção do valor registrado na rubrica “investimentos”, daquela empresa que se apresenta como “investidora” - já que tal conta espelha o somatório do investimento original (a “valor de livro”) mais a parcela do “ágio” suportado na operação. Pelo que, se não aplicadas amortizações contábeis subsequentes ao registro do investimento, haverá reflexos sobre a incidência de ganho de capital quando da sua alienação ou baixa. Ou seja, ao não permitir que a “mais valia” (ou “sobrepço”), suportada na aquisição de determinado investimento, incorra nas amortizações (reduções) contábeis subsequentes ao seu registro; a pessoa jurídica acaba por inflar (artificialmente) o valor total do próprio investimento,

suprimindo, por outro, eventual apuração de ganho de capital quando da sua alienação ou realização.

A isso, alinha-se o normativo fiscal, na redação do artigo 391 do RIR/99; cujo texto do parágrafo único sentença que “concomitantemente com a amortização, na escrituração comercial, do ágio...será mantido controle no LALUR para efeito de determinação do ganho ou perda de capital...” (grifamos).

Disso decorre que, se todas as contraprestações monetárias retrocitadas representassem “efetivos pagamentos”, para efeito de “adequada composição” e consequente dedutibilidade fiscal do ágio em tela (o que não é caso, conforme já antecipado); teríamos, ainda assim, diferenças sobre aquilo que a EMESA entende como ágio dedutível (R\$198 milhões). Dada a não observância das amortizações contábeis sobre o valor segregado, desde que firmado (06/2007) o aludido contrato de compra e venda das quotas da SN (anexos). Deduções contábeis estas, que deveriam estar registradas regularmente na escrita daquela pessoa jurídica (FRB), a quem o investidor “de fato” (Ferrous Ltd / Ilha de Man) atribuíra o papel de “investidora local”, ao formalizar em seu nome a “aquisição” da SN Mineração (“cia investida”); junto a alienante “residente”.

Por fim, reprisa-se que, em tal contexto, foi que a ora fiscalizada deduzira na apuração da base tributável de IRPJ (e CSLL) o montante de R\$33,7 milhões em 2011; e outros R\$39,7 milhões em 2012 - a título de amortização de ágio. No que tais “abatimentos” foram computados (como dito) na forma de ajustes promovidos no RTT; conforme espelham as planilhas de estimativas IRPJ e CSLL (anexos).

DA ANÁLISE CONCLUSIVA: INDEDUTIBILIDADE FISCAL DAS AMORTIZAÇÕES DO ÁGIO EM TELA

A exposição dos fatos e circunstâncias que envolveram a aquisição do controle acionário da empresa SN Mineração deixara latente que, num primeiro momento, a Cia FRB viu-se utilizada como mera “extensão de caixa” daquela que, efetivamente, promovera e custeara toda a operação - ou seja, a controladora estrangeira Ferrous Resources Ltd (Ilha de Man). O que fez com que a adquirente “de fato” segregasse (aqui) um pseudo “ágio” suportado lá fora. Ou seja, atribuíra-se à Cia FRB o status de pretensa “investidora local”, ao tempo (06/2007) em que a adquirente “estrangeira” firmava, junto à alienante “local”, um contrato de compra e venda do controle acionário da empresa (“residente”) SN MINERAÇÃO; assumindo, pois, todas as contraprestações dele decorrentes. No que a parte alienante (“local”) chegara a receber, dentre as contraprestações ajustadas no aludido contrato, ações da própria adquirente no exterior. Nisso, a Cia FRB passara a exercer então o papel de “controladora formal” da Cia (“adquirida/investida”) SN Mineração; que, por sua vez, detinha o controle societário sobre a ora fiscalizada. Como a SN Mineração (na qualidade de ente “investido local”) apresentava passivo a descoberto, o montante atribuído às contraprestações previstas no contrato de aquisição das suas quotas de capital resultara em ágio segregado na escrita da Cia FRB, no valor de R\$198 milhões. Tendo, como data-base, o mês de junho de 2007, quando a adquirente “de fato” (Ferrous Resources Ltd) firmara, em contrato, os “compromissos/contraprestações” decorrentes da aludida aquisição. Valor atribuído a “ágio em investimento” que, ao permanecer imune às amortizações contábeis subseqüentes a sua segregação na “escrita” da Cia FRB, viu-se integralmente configurado em 30/10/2009 como “valor dedutível”, em favor da Cia EMESA (ora fiscalizada). A qual, por sua vez, somente em janeiro de 2011 iniciara o registro de “deduções” na apuração do seu resultado tributável, a título de amortização fiscal do aludido “ágio”. Isso, a partir da formalização de uma “combinação de negócios” entre partes vinculadas. No que a Cia EMESA se vira absorvendo diretamente ao seu patrimônio contábil uma parcela cindida da Cia FRB (representada pelo valor do referido “ágio”); ao tempo em que a mesma

“incorporava” o patrimônio contábil da própria “controladora” – ou seja, da empresa SN Mineração.

Como ponto inicial, reiteramos questão antecipada no item 9 do tópico antecedente, quanto ao alcance e natureza dos atos de incorporação e cisão formalizados em 30/10/2009 pela Cia EMESA (e entes vinculados) – ao que a mesma atribui como elemento deflagrador do aproveitamento fiscal da amortização do ágio em tela. O fato é que os atos societários trazidos à fiscalização não retratam a existência de “confusão patrimonial” estabelecida diretamente entre parte investida e parte investidora, como cumprimento a um dos requisitos básicos para fruição do benefício tributário da “amortização fiscal de ágio”. O que se observa em tal evento societário é uma concentração patrimonial formalizada contabilmente na escrita da Cia EMESA, que, embora “vinculada”, era pessoa jurídica distinta daquela que tivera as quotas de capital (jurídica e verdadeiramente) adquiridas na operação de investimento em tela - ou seja, a empresa “residente” SN Mineração.

Nota-se que, no afã em se “produzir” um pretense aproveitamento fiscal a favor da ora fiscalizada, acabara-se formalizando um evento societário que não contempla ou legitima a deflagração da amortização fiscal pretendida. Não obstante a motivação apresentada pela fiscalizada quanto a uma sucessão de atos societários formalizados (retratada nos itens 36 a 38 do tópico antecedente); depreende-se que a “combinação de negócios” sobre a qual se assenta a dedução fiscal suscitada resume-se a um “ajuste interno” unicamente voltado a fazer com que determinado ágio segregado em nome da Cia FRB se transformasse em vantagem fiscal em prol da ora fiscalizada.

Soma-se a isso, a inexistência de documento (laudo técnico) de avaliação econômica da SN Mineração; que, na qualidade de ente residente investido, não fora avaliado, quando da segregação contábil do aludido ágio – fato este, exaustivamente discorrido nos itens 39 a 43 do tópico antecedente. Como dito, a avaliação econômica do “investimento formalizado” (demostrada em documento, de autoria técnica, isenta e autônoma ao interessado) representa um dos requisitos normativos a serem satisfeitos para que um determinado ágio - regularmente contabilizado e comprovadamente suportado - se converta em “dedução fiscal”; em conformidade com as regras da contabilidade comercial/societária; e com normativo tributário regente (notadamente, os artigos 385 a 387 e 391 do RIR/99, na regulamentação dos artigos 7º e 8º da lei 9.532/97). Por isso, a exigência de se manter arquivado, na empresa que se apresenta suportando e contabilizando um determinado ágio, demonstrativo de rentabilidade futura daquele ente em que se investira, de forma a justificar o pagamento de eventual acréscimo (ágio) pela aquisição do investimento. Requisito este, que, em nosso entendimento, não fora satisfeito pela fiscalizada, pela apresentação de laudo de avaliação dela própria, e não da empresa “investida”. Dado que não fora a Cia EMESA que tivera as suas quotas de capital adquiridas pelo investidor estrangeiro, e sim, a empresa SN Mineração; que, conforme demonstrado nos itens 38 a 42 do tópico anterior, detinha em seu ativo patrimonial o investimento representado pelo controle societário da EMESA, junto a outros ativos; dispondo ainda de receitas próprias do seu objeto societário – o qual não se restringia a participação societária na EMESA. E que, na condição de ente “adquirido” (e/ou “objeto de investimento”) constara taxativamente do aludido contrato de compra e venda firmado pelas partes interessadas em 06/2007 (anexos).

Até aqui, já nos defrontamos, portanto, com motivação suficiente para fulminar (no todo) o aproveitamento fiscal do aludido ágio. Ou seja, configurados em tais circunstâncias, os valores deduzidos pela EMESA em sua base tributável - a título de amortização de ágio – revelam-se “indevidos” ou “improcedentes”, frente à essência e ao conjunto normativo que regem tal instituto.

Mas há outras questões apontando para a inadequação fiscal da aludida dedução, agora no que se refere à real qualificação daquilo que a interessada apresentara como “dispêndios” realizados na aquisição do investimento em tela - ou “pagamentos” supostamente suportados pela Cia FRB, em decorrência da aquisição das quotas de

capital da SN Mineração, cujos valores compuseram o ágio em questão. No que, frente a uma análise fiscal sobre o detalhamento dos dispêndios atribuídos pela fiscalizada (R\$198 milhões / US\$103 milhões) como valores consumidos na operação; identificou-se a soma de R\$113,5 milhões (US\$61 milhões) em cifras que, pela natureza e forma com que foram realizados ou ajustados no aludido contrato de compra e venda (anexos), não se revestem da condição de “efetivos pagamentos” para efeito de composição de ágio suscetível à amortização fiscal. Ou, especificamente, não se qualificam como pagamento de preço a terceiros alienantes – conforme discorrido nos itens 43 a 52 do tópico antecedente. Nestes, incluído o valor de R\$83 milhões (US\$45 milhões), que sequer representa contraprestação monetária. Atribuído, na composição do ágio, como dispêndio decorrente da aludida operação de permuta de ações. No que, conforme já discorrido, a “alienante” recebera, pela venda da participação detida na SN Mineração, ações subscritas no capital da própria adquirente “de fato” (Ferrous Ltd). O que significara, em prática, que a parte vendedora – no papel de “terceiro alienante” - continuara detendo participação sobre a própria empresa alienada. Tendo, por tal natureza de “contraprestação contratual”, apenas alterado o seu perfil de controle societário sobre a empresa alienada (SN Mineração). Passando, pois, da condição de sócio titular (em participação direta), para sócio na condição indireta - dado que a estrangeira Ferrous Ltd (adquirente de fato) controlava diretamente a FRB, que controlava a SN; que, por sua vez, controlava a ora fiscalizada.

Na linha da “inadequação”, temos, ainda, a questão da ausência de amortização contábil sobre o ágio em tela, conforme exaustivamente discorrido nos itens 54 a 67 do tópico antecedente. Nos quais demonstramos (vide quadros 1 e 2, seguintes ao item 65) que, ainda se estivessem cumpridos todos os requisitos necessários à fruição da amortização fiscal do presente ágio (o que, definitivamente, não é o caso); o montante dedutível seria bastante inferior ao suscitado pela ora fiscalizada. Haja vista que foram desconsideradas as amortizações contábeis periódicas (mensais) que deveriam incidir sobre o seu valor, desde que se vira segregado na escrita da Cia FRB.

Voltando à questão da qualificação dos “dispêndios” listados pela fiscalizada, como valores supostamente consumidos pela Cia FRB na aquisição do investimento em tela (originário do presente ágio); tem-se que sua abordagem não se encerra nos questionamentos retrocitados, permitindo avançar um pouco mais na análise. O fato é que, ainda que todos os dispêndios listados pela parte interessada na composição do ágio em comento se apresentassem como “efetivos pagamentos”, esbarrariam no fato, indubitável, de que o custo financeiro decorrente do investimento de aquisição das quotas de capital da SN Mineração (“investida/adquirida”) fora suportado por ente distinto, sediado no exterior.

Tendo o mesmo se valido da (então) recém-constituída FRB como extensão do seu caixa, ao tempo da aludida aquisição.

Tal constatação, sem considerar as demais questões discorridas anteriormente, seria elemento suficiente para invalidar, no nascedouro, a dedução fiscal suscitada pela ora fiscalizada; já que o instituto do “ágio tributário” - decorrente de investimentos efetivados entre empresas residentes (e existentes de fato) - não ultrapassa fronteira. De forma a permitir que uma empresa estrangeira possa utilizar aqui ágio suportado no exterior. E, a segregá-lo aqui, não basta interpor no evento uma sociedade local, sem relação efetiva e objetiva com a operação principal.

Ora, o conceito de “restrição jurisdicional”, que impede (em prática) que o nosso Fisco vá além-fronteiras e exija tributo sobre transações externas envolvendo entes não-residentes em sua dependência fiscal é o mesmo a obstar uma entidade estrangeira (não-residente) de suscitar, em tal condição, benefícios tributários que são restritos a negócios jurídicos efetivamente promovidos entre pessoas jurídicas aqui residentes (estabelecidas e sediadas de fato). Condição legal esta, que não se altera mediante “ajustes” ou manobras de “figuras jurídicas”, sem relação efetiva com o “fato principal”, ou com a essência da operação.

Conforme discorrido no tópico relativo aos requisitos (formais e essenciais) da amortização fiscal do ágio, a fruição a tal instituto encontra-se vinculada a investimento promovido entre pessoas jurídicas domiciliadas no País; junto ao preenchimento de demais requisitos e condições estabelecidos no normativo regente. No presente caso, verifica-se que não há uma pessoa jurídica residente adquirindo, efetiva e materialmente, investimento em outra empresa residente, arcando com o custo financeiro decorrente da operação. Ou seja, o instituto tributário do ágio somente se estabelece entre pessoas jurídicas residentes que, comprovadamente, tenham tido relação direta e efetiva com a aquisição do investimento. E que tenha, sobre os mesmos, recaído o ônus financeiro decorrente da operação, bem assim, o respectivo "ímpeto" (animus) em promover e efetivar o investimento.

Portanto, a fruição do benefício fiscal decorrente de amortização de ágio, originado em operações de investimentos suportados por ente estabelecido em outra dependência fiscal, não se encontra amparado no nosso normativo tributário. O benefício tributário restringe-se, assim, a entes residentes locais, pessoas jurídicas investidores de fato e de direito - condição esta que, como dito, não se satisfaz pela utilização de entes (locais); sem relação fática com a operação. No que cabe reprisar o mandamento contido no artigo 111 do CTN; o qual estabelece que, em se tratando de benefício fiscal, a norma deve ser interpretada de forma literal.

Assim, a legitimidade na formação e aproveitamento fiscal de determinado ágio segregado em investimento efetivado por ente "residente" – este, na adequada acepção de "pessoa jurídica" (empresa ou sociedade empresária), ou seja, na qualidade de ente investidor de fato, estabelecido e sediado no País - passa, de antemão, pela confirmação de situações e atos desencadeadores, dentre os quais está o custo efetivamente suportado pelo investidor residente na aquisição do investimento, e a ocorrência (legítima) de evento superveniente de "incorporação/cisão", a envolver diretamente os entes (residentes) "investidor e investido". A isso, soma-se o alinhamento dos atos formais do investimento às condições de uma realidade negocial condizente. No que se encontram inseridos, autonomia e independência negocial, existência fática das pessoas jurídicas formalmente envolvidas na operação de investimento; e ônus financeiro próprio suportado na aquisição do investimento.

Por todo o exposto, e frente aos requisitos normativos e condições essenciais que regem o instituto tributário do ágio, outro entendimento não há, senão o de concluir pela "indedutibilidade fiscal" das deduções computadas pela empresa fiscalizada em sua base tributável de IRPJ e CSLL dos anos de 2011 e 2012 - a título de "amortização de ágio", com origem em investimento formalizado no ano de 2007. Tendo os "abatimentos" efetivados pela fiscalizada na apuração do seu lucro real atingido a monta de R\$33.784.233,28 em 2011; e R\$ 39.746.156,80 em 2012.

Impugnação

Ciente do lançamento em 23 de dezembro de 2014 (fls. 1661 e 1662), a interessada apresentou, em 21 de janeiro de 2015, impugnação a fls. 1723 a 1759, alegando, em síntese e fundamentalmente, o seguinte:

- A Empresa de Mineração Esperança S/A (EMESA), ora impugnante, foi constituída em 07/05/1970, tendo como objeto social a exploração, comércio e industrialização de minérios e operações imobiliárias em geral;
- Até a reestruturação societária, 94,22% das ações desta sociedade eram de propriedade da holding SN Mineração e Logística Ltda. (SN), controlada de forma indireta pela "família Monteiro Parreiras";

-
- *Visando iniciar suas atividades no setor minerário no Brasil, em 2006 a Ferrous Resources Ltd. (FRL), sediada na ilha de Man, constituiu no Brasil a Ferrous Resources do Brasil Ltda. (FRB);*
 - *Em 2007, após intensa negociação, a FRB adquiriu a participação societária da SN, pelo valor de R\$ 198.730.445,34;*
 - *Para que a FRB pudesse arcar com a parte financeira da negociação, a sua controladora realizou os aportes, posteriormente convertidos em capital social da FRB;*
 - *Em decorrência da aquisição da participação societária, a FRB contabilizou ágio fundamentado em rentabilidade futura, no montante de R\$ 240.098.086,17, calculado pela diferença entre o valor da aquisição e o patrimônio líquido registrado na SN, então negativo em R\$ 41.367.640,82. Em resumo: R\$ 198.730.445,34 - (-R\$ 41.367.640,82) = R\$ 240.098.086,17;*
 - *Posteriormente, em 2009, como se nota no Protocolo de Cisão e Incorporação já acostado aos autos, as empresas FRB, SN e Emesa realizaram três atos societários, quais sejam: (i) a cisão parcial da empresa FRB; (ii) subseqüente incorporação integral da SN pela EMESA; e (iii) incorporação pela EMESA do patrimônio cindido da FRB;*
 - *Ou seja, foi realizada uma cisão parcial na FRB e os ativos cindidos (incluindo o ágio) foram absorvidos pela EMESA, após a incorporação da SN pela EMESA;*
 - *Via de regra, o ágio contabilizado na aquisição de investimentos não deve influenciar a apuração do lucro real, de modo que deve ser adicionado via LALUR, nos termos do art. 25 do Decreto-Lei nº 1598/77;*
 - *Esse panorama mudou com a edição da Lei nº 9.532/97, que passou a permitir o aproveitamento fiscal do ágio fundamentado na expectativa de rentabilidade futura incorrido pela investidora quando esta absorver o patrimônio da investida;*
 - *Os requisitos previstos nos arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97 para fins de amortização fiscal do ágio são: (i) que uma pessoa jurídica incorpore (ou seja cindida ou fundida com) outra pessoa jurídica na qual detenha investimentos adquiridos com ágio avaliados pelo método da equivalência patrimonial, e vice-versa; e (ii) que o ágio adquirido tenha por fundamento a expectativa de geração de lucros futuros nos termos do art. 20, §2º, b, do decreto-Lei nº 1.598/77;*
 - *Que além desses requisitos, a jurisprudência mais restritiva do CARF tem adotado os seguintes critérios para considerar válida uma operação societária que resulta em ágio amortizável no lucro real: (i) efetivo pagamento; (ii) Partes independentes; (iii) Lisura na fundamentação documental do ágio;*
 - *Entretanto, após analisar a reestruturação societária do grupo, o TVF apresentou uma visão ainda mais restritiva quanto aos requisitos necessários para a amortização do ágio;*
 - *(a1) que a amortização exigiria que aquele que suportou economicamente a operação fosse uma empresa brasileira; (a2) que a*

legislação tributária exigiria que o ágio fosse pago em dinheiro no Brasil, de modo que devem ser desconsiderados os valores pagos em dinheiro no exterior e também a parcela quitada com ações da FRL;

• (b) que o laudo que demonstra o fundamento econômico do ágio não poderia ser aceito, na medida em que analisou a rentabilidade econômica da holding SN juntamente com a EMESA, sendo esta última que justificou o ágio pago;

• (c) que a amortização fiscal do ágio também teria uma efetiva confusão patrimonial entre as empresas investidora e investida, o que não teria ocorrido no caso em apreço;

• (d) que durante o interregno compreendido entre a aquisição da participação societária e a incorporação da SN pela EMESA, o ágio deveria ter sido amortizado contabilmente, e o saldo passível de amortização fiscal seria apenas o valor residual registrado na contabilidade;

• Que antes de impugnar especificamente os quatro fundamentos do Relatório Fiscal, cumpre ressaltar que, com relação a dois deles (a - a1, a2 - e b), o direito da RFB de questioná-los está decaído, pois, como se demonstrará, eles se referem à formação do ágio, e não ao seu aproveitamento fiscal, portanto deveriam ter sido alegados dentro do prazo decadencial contado dessa formação;

• Que o procedimento de dedutibilidade do ágio pode ser segregado em dois momentos distintos: (i) aquele em que o ágio é gerado, sendo contabilizado pela investidora (ou seja, no momento em que determinada pessoa jurídica adquire a participação societária de outra pagando um sobrepreço), e (ii) aquele em que o ágio passa a ser dedutível, quando ocorre a efetiva operação societária deflagradora do direito à amortização (fusão, cisão ou incorporação);

• No presente caso, o ágio em discussão foi formado e contabilizado em 2007. Considerando-se o prazo previsto no art. 173, I, do CTN, o Fisco poderia ter questionado a formação desse ágio até o dia 31/12/2012. Como não o fez, não pode agora levantar argumentos que já poderiam ter sido levantados desde a época de sua constituição;

• Que com relação aos argumentos não decaídos tem-se que, segundo o Fisco, o art. 7º da Lei nº 9.532/97, ao prever a possibilidade de dedução do ágio, condicionaria essa dedutibilidade a um evento societário (incorporação, fusão ou cisão) que envolvesse necessariamente as partes investida e investidora. Em outras palavras, o Fisco afirma que somente tem direito a amortizar o ágio a pessoa jurídica que seguir, ela mesma, dois passos: (i) investir ou ser investida por outra empresa, através de aquisição de participação societária; e (ii) realizar alguma operação societária (incorporação, fusão ou cisão) com aquela pessoa específica em que houve o investimento;

• Entretanto, de acordo com a legislação citada no item acima, ao autorizar a amortização do ágio pela absorção do patrimônio em operação de cisão, o dispositivo legal não diferenciou a hipótese de cisão total (quando são criadas duas novas empresas), ou cisão parcial (quando a empresa original permanece sem uma parcela de seus ativos);

-
- No caso dos autos, a FRB (que tinha o ágio reconhecido em decorrência do investimento na SN) sofreu cisão parcial e a parcela cindida do patrimônio líquido - que incluía o investimento e o ágio - foi imediatamente absorvida pela EMESA, que havia incorporado a sua investidora SN;
 - Que o art. 8º da lei 9.532/97 autoriza a amortização do ágio quando a empresa cindida for aquela que detinha a participação societária;
 - A EMESA absorveu parcela do patrimônio da FRB (art. 7º, caput), que detinha investimentos adquiridos com ágio (art. 8º, inciso II). realizou-se assim a confusão entre ativos que deram causa ao ágio e o próprio ágio no patrimônio da EMESA, deflagrando o direito à amortização fiscal;
 - Outro ponto contestado pelo Fisco refere-se ao fato de que a FRB não teria amortizado contabilmente o ágio gerado entre a aquisição da participação societária da SN, realizada em 2007, e a incorporação realizada em 2009;
 - O argumento da fiscalização não procede por dois motivos: em primeiro lugar, porque o conceito de ágio é independente do conceito jurídico, de modo que a amortização (ou inexistência de um), é irrelevante para o outro. Em segundo lugar porque não havia necessidade de amortização contábil do ágio segundo as normas então vigentes;
 - Para a contabilidade, o ágio é apenas e tão somente aquele representativo da expectativa de rentabilidade futura, isto é, um valor que não pode ser atribuído a nenhum dos ativos da entidade. E o ágio fiscal, é um instituto jurídico que tem todos os seus elementos necessários para a sua correta apuração delineados pelo Decreto-Lei nº 1.598/77 e pela Lei nº 9.532/97;
 - Além do mais, o ágio contábil não pode mais ser amortizado periodicamente, devendo ser submetido a testes de recuperabilidade (impairment). Em razão disso, não há como se obrigar a Impugnante a realizar amortizações mensais do ágio registrado contabilmente, na medida em que as próprias normas contábeis vedavam essa prática;
 - Conforme art. 16 da Lei nº 11.941/09, durante sua vigência o RTT neutralizou tão somente as disposições contábeis que, cumulativamente: (i) tenham modificado critérios de reconhecimento de receitas, custos e despesas, (ii) que tenham influência para fins de apuração do lucro real;
 - A toda evidência, a mensuração e reconhecimento do ágio não se qualificam em quaisquer destes requisitos cumulativos, na medida em que: (i) o ágio é um ativo e não uma receita, custo ou despesa, (ii) a amortização contábil do ágio era neutralizada na apuração do lucro pelo art. 25º do Decreto-Lei nº 1.598/77;
 - Com relação aos argumentos que foram alcançados pela decadência, primeiramente alega que o ágio foi formado por partes independentes;
 - O item 37 do TVF alega que o ágio teria sido "produzido" artificialmente através de uma combinação de negócios intragrupo;

-
- Entretanto, alega ser incontroverso que a FRB (controlada pela FRL) e a SN (da família Monteiro Parreiras) não tinham qualquer vínculo societário antes da operação aqui analisada;
 - O ágio não foi gerado a partir da cisão parcial da FRB com a versão do patrimônio cindido para EMESA, mas sim com a aquisição da participação societária da SN pela FRB, mediante pagamento de preço superior ao valor do patrimônio líquido contabilizado;
 - Alega que é situação análoga às operações societárias que se valem de empresas-veículo para a transferência do ágio, sendo que a Primeira Seção do CARF pacificou o entendimento de que a transferência do ágio mediante reorganização societária é válida, desde que não seja criado benefício distinto daquele que seria gerado com a amortização do ágio na pessoa jurídica original;
 - Quanto a questão do pagamento, a fiscalização questionou especificamente: (i) a possibilidade de formação em pagamento realizado mediante ações do comprador, e (ii) a possibilidade de pagamento em dinheiro ser realizado no exterior;
 - As ações dadas em pagamento não foram transferidas diretamente ao comprador pela FRL. Trata-se de participações societárias adquiridas pela FRB, posteriormente dadas em pagamento à "família Monteiro Parreiras";
 - Tais ações eram valiosas e os vendedores aceitaram as mesmas como parte do preço;
 - Alega que tal questão foi superada em recente julgado pela Câmara Superior de Recurso Fiscal: "A subscrição de ações é uma forma de aquisição e o tratamento do ágio apurado nessa circunstância é o previsto na legislação em vigor (artigos 7º e 8º da Lei 9.532/97)";
 - Discorda da exigência do Fisco para que o ônus econômico do investimento seja suportado por uma empresa residente no país;
 - O TVF questiona o fato de a empresa investidora ter sido constituída pouco tempo antes de adquirir o controle acionário da empresa investida (SN) e essa aquisição ter sido subsidiada por meio de aportes financeiros originados da sociedade estrangeira FRL;
 - Realmente a aquisição da SN pela FRB foi realizada através de ativos que foram integralizados na FRB pela FRL. No entanto, o fato de a FRB ter sido constituída e tido seu capital social integralizado pela FRL não altera a realidade jurídica das operações: aquisição da SN pela FRB;
 - A se adotar o argumento do Fisco, nenhuma sociedade recémconstituída seria a real adquirente de um investimento, pois qualquer sociedade, sem exceção, para passar a existir, depende de outra pessoa (física ou jurídica) para integralizar o seu capital social e conferir substância econômica para que ela consiga exercer o seu objeto social;
 - Efetivo adquirente é aquele que assumiu os ônus jurídicos do negócio. E, no presente caso, quem se comprometeu frente aos sócios originários da SN foi a FRB e não a FRL;

-
- Em resumo alega que (i) o investimento foi realizado e suportado por sociedade brasileira (FRB), (ii) não há vedação legal que os recursos tenham origem no exterior, (iii) atende mais à justificativa da Lei 9.532/97 que o investimento tenha como origem uma fonte de recurso estrangeira, (iv) perante os compradores o ônus da obrigação foi assumido pela FRB, inclusive no que diz respeito à responsabilidade civil por eventual inadimplemento, o que afasta o argumento de que o "investidor de fato" seja a FRL;
 - Outro fundamento adotado pelo Fisco foi uma suposta inidoneidade do laudo por ela apresentado para justificar o valor pago;
 - O ágio segregado na contabilidade da FRB é decorrente do investimento feito em SN. No entanto, o laudo apresentado para justificar esse ágio avalia a impugnante, o que, na ótica do Fisco, comprometeria a idoneidade do laudo para fundamentar o ágio;
 - Alega que é indiferente em nome de qual pessoa jurídica o laudo foi elaborado, bastando que ele reflita a rentabilidade que se esperava daquele ativo no momento do investimento;
 - Em linha de relevância do ativo em questão, o laudo foi realizado em nome da sociedade que o detinha de forma direta, a EMESA;
 - Alega, também, que a figura do laudo em ativos minerários deve ter sua relevância relativizada, pois dentre os três fundamentos econômicos possíveis para o ágio, apenas a rentabilidade futura pode ser utilizada. Nesse sentido, o laudo perde o sentido, uma vez que a expectativa de lucros é pressuposta em investimentos dessa natureza;
 - Alega ainda que a legislação não cuidou de disciplinar a forma de apresentação da demonstração do fundamento econômico do laudo, tampouco a forma a ser seguida para o seu arquivo;
 - Por fim, contesta a aplicação da multa isolada pelo não recolhimento de estimativas mensais após o encerramento do período de apuração;
 - Alega que a multa isolada somente pode ser aplicada antes da apuração definitiva do IRPJ e da CSLL;
 - Que as estimativas, representam antecipações do imposto que será devido ao final do exercício e só fazem sentido quando cobradas dentro do próprio exercício financeiro;
 - Após o ajuste anual, o contribuinte irá apurar lucro ou prejuízo, sendo que a tributação deixará de ser por estimativa e corresponderá ao efetivo montante do tributo devido ou ao prejuízo apurado, ocasião em que não haverá tributo a pagar;
 - Apurado o lucro real no fim do ano-base, a diferença entre o IRPJ e a CSLL devidos e os valores antecipados com base em estimativa será: (a) recolhida em quota única, se favorável ao Fisco; ou (b) compensada com o imposto a ser pago a partir do mês de abril do ano subsequente, se favorável ao contribuinte, assegurada a este a alternativa de requerer, após a entrega da declaração de rendimentos, a restituição do montante pago a maior;
 - Encerrado o ano-calendário, não há que se falar em estimativa. O tributo apurado é o final;

- Ainda que apurado tributo a pagar, não há como se exigir multa isolada pela ausência de recolhimento das estimativas mensais após o encerramento do ano-calendário, mas tão somente multa de ofício de 75% prevista no art. 44, I, da Lei 9.430/96 sobre o tributo não pago no exercício;
- Contesta também a multa de ofício junto com a multa isolada, pois ainda que se entenda possível a exigência de multa isolada pela insuficiência do recolhimento das estimativas mensais após o encerramento do ano-calendário, fato é que essa exigência nunca poderia ser cumulada com a multa de ofício de 75% sobre o tributo exigido;
- As duas cobranças estariam incidindo sobre o mesmo montante não recolhido e tem como origem a mesma infração fiscal, configurando nítido bis in idem;
- Citou legislação e julgados administrativos;

A decisão proferida na r. DRJ foi assim ementada:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL

Data do fato gerador: 31/12/2011, 31/12/2012

CSLL. TRIBUTAÇÃO REFLEXA. O resultado do julgamento do Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ espraia seus efeitos sobre a CSLL lançada em decorrência das mesmas infrações.

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Data do fato gerador: 31/12/2011, 31/12/2012

ÁGIO. AMORTIZAÇÃO.

DECADÊNCIA.INEXISTÊNCIA.

A obrigação tributária e, conseqüentemente, o início do prazo para o Fisco constituir o crédito tributário por meio do lançamento surge apenas com a ocorrência do fato gerador, ou seja, no caso em tela, com o início da amortização do ágio. Antes das amortizações não poderia a fiscalização questionar a formação do ágio ou a sua transferência para a contribuinte, pois tais fatos não tinham, até então, reflexos fiscais, pois não representavam fatos geradores de obrigações tributárias. Alegação de decadência rejeitada.

CRIAÇÃO DE ÁGIO AMORTIZÁVEL. GLOSA DAS EXCLUSÕES INDEVIDAS DA BASE DE CÁLCULO DO IRPJ E DA CSLL.

As condições para que determinada empresa possa amortizar ágio suportado no investimento estão previstas nos artigos 7º e 8º da Lei 9.532/97. Não atendidas tais condições, torna-se cabível a glosa das exclusões da base de cálculo do IRPJ e da CSLL decorrentes da amortização do ágio.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

MULTA ISOLADA. FALTA/INSUFICIÊNCIA DO RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVAS MENSAIS

Constatada a falta/insuficiência do recolhimento das estimativas devidas, fica a pessoa jurídica sujeita à multa de ofício isolada sobre os valores inadimplidos.

MULTA ISOLADA. INCIDÊNCIA.

O artigo 44, da Lei nº 9.430, de 1996, prevê as infrações por falta de recolhimento de antecipação e de pagamento do tributo ou contribuição (definitivos). Não significa duplicidade de tipificação de uma mesma infração

ou penalidade. Ao tipificar essas infrações o artigo 44 da Lei nº.9.430, de 1996, demonstra estar tratando de obrigações, infrações e penalidades tributárias distintas, que não se confundem e não se excluem.

Impugnação Improcedente
Crédito Tributário Mantido

Nesse cenário, a Recorrente maneja o presente Recurso Voluntário reiterando os argumentos lançados na impugnação e, acima, bem sintetizados no relatório redigido pela r. DRJ, a saber, (i) decadência da possibilidade de questionar a formação do ágio; (ii) da possibilidade de o ágio amortizável ser transferido; (iii) lisura na fundamentação documental; (iv) ausência de previsão legal da exigência de propósito negocial; e, por fim, (v) ilegalidade na cobrança da multa isolada.

Aqui é importante acrescentar que caso reconheçamos a possibilidade de amortização do ágio gerado na operação, a r. decisão de primeira instância já afastou a alegação quanto ao valor do ágio amortizável, se o valor total da operação ou se o valor residual após a amortização contábil. Tal fundamento não foi devolvido e, portanto, não pode ser apreciado por esta corte.

De sua parte a r. Procuradoria da Fazenda Nacional sustenta, em breve síntese, em seu contra-arrazoado que: (i) a decadência mira o fato gerador da obrigação tributária, não havendo que se falar em impossibilidade de questionamento da formação do ágio; (ii) desde o Decreto-Lei 1.598/77 é bastante claro que o ágio não seria amortizável da base de cálculo do IRPJ; (iii) a empresa estrangeira que teria supostamente adquirido a participação societária; (iv) o real investidor deveria confundir com seu investimento; (v) a FRB seria mera “casca vazia”, caracterizando-se ação sem propósito negocial; (vi) previsão legal da multa isolada pelo não recolhimento das estimativas mensais; (vii) a multa isolada e a multa de ofício têm fatos geradores diversos, a primeira decorrente do descumprimento do regime de estimativa, enquanto a última do não pagamento do imposto; incidindo inclusive sobre bases distintas.

É o relatório, passo ao voto.

Voto Vencido

Conselheiro Lucas Bevilacqua Cabianca Vieira, Relator

1. DA ADMISSIBILIDADE:

1.1 O Recurso Voluntário é tempestivo e assinado por patrono competente.

2. DO MÉRITO

DA DECADÊNCIA

2.1 Inicialmente, cumpre-nos esclarecer que entendemos que a apreciação da decadência se confunde em muito com apreciação do mérito, razão pela qual a incluímos neste tópico.

2.2 Clama a Recorrente pela decadência de dois dos quatro fundamentos adotados pela Receita Federal para fundamentar a glosa do ágio, e não o ágio em si, como apontado pela Procuradoria da Fazenda Nacional. Ocorre que, em que pese a coerência do raciocínio externado pela Recorrente, neste ponto entendemos não lhe assistir razão. É verdade que o instituto da decadência serve ao propósito maior de pacificação social e de estabilização das relações sociais, mas para que isto ocorra, entendo que seja necessário existir um conflito latente e não mera expectativa de conflito.

2.3 Imaginemos que uma Empresa A realize uma reestruturação societária apenas para gerar o malfadado ágio interno, mas que ao fim ao verificar a jurisprudência do CARF sobre a matéria, decida não o amortizar. Pergunto, há decorrência de prazo para questionamento do ágio? Há sequer interesse em questioná-lo? Entendo que não. Por essa razão, de meu ponto de vista, a operação que fundamenta o ágio não pode ser a mola propulsora para o prazo decadencial, mas o instante em que este começa a ser utilizado.

2.4 Nesta linha, assiste razão a PGFN, já que ao tratar da decadência, o Código Tributário Nacional está sempre a se referir a possibilidade de constituição do crédito tributário, ainda que através da glosa da amortização do ágio. É nesta linha que seguem o art. 173, I e o art. 150, IV do Codex.

2.5 Assim a manifestação dessa Câmara nos autos do Processo nº 16561.720073/2014-18, acórdão 1402-002.373, cuja ementa abaixo colaciono:

DECADÊNCIA. ÁGIO. CONTAGEM DO PRAZO. DEDUÇÃO. Inicia-se a contagem do prazo decadencial para a constituição dos créditos tributários referentes a glosa do aproveitamento de ágio a partir da sua efetiva dedução pelo contribuinte, antes disso não há como se cogitar a inércia do Fisco.

2.6 Ilustrativa a passagem de voto do Relator, que bem resume o pensamento aqui externado, com a vênua para transcrever, vejamos:

O objeto dessa modalidade de caducidade é a limitação temporal para a constituição do crédito tributário, a contar do nascimento da obrigação tributária, e não a prerrogativa fazendária de análise de eventos e fatos envolvidos na formação dessa obrigação, não havendo base para tal suposta vedação cronológica

2.7 Pelo exposto, aqui afasto a alegação de decadência de questionar os fundamentos do ágio.

DAS PARTES ENVOLVIDAS NO ÁGIO

(i) Confusão patrimonial entre investida e investidora diretamente envolvidas

2.8 A controvérsia surge, pois, segundo a fiscalização, e posteriormente confirmado pela r. DRJ/MG, seria requisito para amortização do ágio que a confusão patrimonial se desse entre a parte investida e a parte investidora. Permito-me transcrever parte da r. decisão em que esta questão foi endereçada:

Ora, no caso em tela, independentemente de quem tenha realizado o pagamento ter sido a FRL ou a FRB, em moeda estrangeira no exterior e com parte ainda em ações da primeira, tem-se que o investimento foi realizado com a compra da SN Mineração e não da EMESA.

A permissão concedida pela legislação supracitada para a amortização do ágio seria ou para a investidora FRB ou investida SN Mineração. Como quem amortizou o ágio foi a EMESA, tal fato não se enquadra nem no artigo 7º e muito menos no artigo 8º da Lei nº 9.532/97, motivo pelo qual entendo acertada a glosa do montante de ágio deduzida indevidamente pela impugnante.

2.9 Data máxima vênua, ousou discordar do entendimento sustentado pela PFN em seu contrarrazoado e pela DRJ/MG em sua decisão. Explico, quando leio o disposto nos arts 7 e 8 da Lei 9.532/97, percebo que se exige a confusão patrimonial.

“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 1/60 (um sessenta avos), no máximo, para cada mês do período de apuração; (Redação dada pela Lei 9.718, de 27/11/98)

IV - deverá amortizar o valor do deságio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados durante os cinco anos calendário subsequentes à incorporação, fusão ou

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

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

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.”

2.10 Embora discorde do resultado alcançado sobre a questão da confusão patrimonial colaciono ementa de acórdão proferido pela CSRF nos autos do Processo nº 16327.721354/2011-18, em que a matéria foi submetida a julgamento:

AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO. HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA. INVESTIDOR E INVESTIDA. MESMA UNIVERSALIDADE.

Os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 10/12/1997 se dirigem às pessoas jurídicas (1) real sociedade investidora, aquela que efetivamente acreditou na mais valia do investimento, fez os estudos de rentabilidade futura, decidiu pela aquisição e desembolsou originariamente os recursos, e (2) pessoa jurídica investida. **Deve-se consumir a confusão de patrimônio entre essas duas pessoas jurídicas, ou seja, o lucro e o investimento que lhe deu causa passam a se comunicar diretamente.** Compartilhando do mesmo patrimônio a controladora e a controlada ou coligada, consolida-se cenário no qual os lucros auferidos pelo investimento passam a ser tributados precisamente pela pessoa jurídica que adquiriu o ativo com mais valia (ágio). Enfim, toma-se o momento em que o contribuinte aproveita-se da amortização do ágio, mediante ajustes na escrituração contábil e no LALUR, para se aperfeiçoar o lançamento fiscal com base no regime de tributação aplicável ao caso e estabelecer o termo inicial para contagem do prazo decadencial (grifos nossos).

2.11 Vejam, não se faz necessário, entretanto, que a referida confusão patrimonial se verifique no patrimônio de uma ou de outra, mas que ocorra. No caso concreto, segundo os fatos relatados, dois eventos ocorreram: (i) cisão parcial da FRB (investidora), inclusive a parcela do ágio, e sua incorporação na EMESA; e (ii) incorporação da SN na EMESA. Transcrevo:

Aprovação do Protocolo de Cisão Parcial e Incorporação, compreendendo a incorporação, pela EMESA, da empresa que (então) lhe controlava “diretamente” (SN Mineração); junto a evento de “versão direta” de parcela patrimonial cindida da Cia FRB. Esta, como dito, no papel de “controladora” (direta) da empresa SN Mineração; e, indiretamente, da ora fiscalizada. Tudo, nos termos de documento (“Protocolo”) formalizado pela administração da EMESA junto às demais pessoas jurídicas envolvidas no “negócio” em tela (anexos). (...) Aprovação dos respectivos Laudos de Avaliação da Cia “incorporada” SN Mineração, e da parcela “cindida” da Cia FRB (a ser diretamente

vertida ao patrimônio da EMESA). Tendo os mesmos se baseado em balanços patrimoniais encerrados no dia 30/09/2009, a contemplar os seguintes valores: (a) PL de R\$31,5 milhões da SN Mineração, a ser (integralmente) incorporado pela EMESA; e (b) o valor de R\$278,7 milhões, a ser segregado (“cindido”) do PL da Cia FRB; e, em mesmo ato, diretamente vertido (“incorporado”) ao patrimônio da Cia EMESA. Sendo que, do montante “cindido”, R\$226,8 milhões compunham a rubrica “investimentos” da Cia FRB; sob a atribuição contábil de “ágio” decorrente de participação acionária adquirida em 2007 na empresa SN Mineração. Aprovação da operação de “incorporação”, pela EMESA, de parcela patrimonial cindida da Cia FRB; ou seja, da porção patrimonial daquela pessoa jurídica que formalmente controlava a empresa SN Mineração; a qual, por sua vez, controlava a própria EMESA. Mesmo ato que, como dito, formalizou a incorporação, pela EMESA, da sua (então) controladora (SN Mineração); com consequente “extinção jurídica” desta última.

2.12 Nesse momento ocorre a confusão patrimonial da investida (SN) e da investidora (FRB), ainda que sob o manto da EMESA! Vejo, pois, que estão presentes até o momento os requisitos prescritos no art. 7, da Lei 9.532/97. Ocorre aqui mera transferência do ágio! O que entendo plenamente possível, conforme, inclusive, jurisprudência do CARF:

A MORTIZAÇÃO DE ÁGIO. TRANSFERÊNCIA. POSSIBILIDADE.

O art. 7º da Lei nº 9.532, de 1997, permite a dedução do ágio devido a resultados de exercícios futuros somente quando a pessoa jurídica absorve patrimônio de outra em casos de cisão, fusão ou incorporação. No caso vertente, a operação societária foi legítima e revestida dos pressupostos legais no tocante a transferência do ágio. (16327.720728/2012-51, relatoria Conselheiro Marcos Paulo Leme Brisola Caseiro)

ÁGIO. TRANSFERÊNCIA. EMPRESA VEÍCULO. INCORPORAÇÃO REVERSA. VALIDADE.

O uso de empresa veículo e de incorporação reversa, por si só, não invalidam as operações societárias que transferiram o ágio da investidora original para a empresa investida, estando diretamente vinculadas ideologicamente a um propósito negocial (1201-001.534, relatoria Conselheiro Luis Fabiano Alves Penteadó).

2.13 Ante a ausência de restrição legal e diante do respaldo jurisprudencial, ainda que eu reconheça, controverso, nesse ponto entendo que há mera transferência do ágio, presentes os requisitos objetivos para sua fundamentação.

(ii) Partes independentes

2.14 Outro ponto controverso em relação as partes envolvidas e suscitada pela Recorrente diz respeito a independência das partes envolvidas na formação do ágio, pois, supostamente, a r. DRJ teria dado a entender que a operação teria ocorrido intragrupo.

37. No que há de se pontuar que - aos “olhos” do controlador estrangeiro e efetivo investidor (Ferrous Ltd) - não ocorrera qualquer alteração patrimonial no que tange a aumento ou diminuição de

“riqueza”, em decorrência da aludida “combinação de negócios”. Dado que o valor representativo do “quantum” societário detido sobre as cias controladas no País continuara o mesmo; tendo uma parcela do investimento local apenas se deslocado contabilmente de uma controlada (FRB) a outra (EMESA). Ressalvado, entretanto, a “produção” de um pretense benefício fiscal a favor desta fiscalizada, na forma de amortização fiscal do aludido “ágio” – cuja análise de conformidade fiscal é objeto do presente procedimento. Outra questão a ser destacada, por antecipação oportuna, é o fato de que - ao contrario do evento societário formalizado em 09/2009 (itens 33 a 35), no qual 03 empresas (VIGA, Santanense e TMC) se viram diretamente incorporadas pela própria controladora (Cia FRB), junto à “assunção” de suas respectivas filiais (03), que viraram estabelecimentos operacionais da própria “incorporadora” FRB (vide itens 34/35) - não se estabelecera, no evento societário retro (30/10/2009), uma absorção patrimonial direta (“incorporação”) da Cia “controlada” (e “investida”) SN Mineração pelo seu (então) ente “controlador” (Cia FRB). E ainda, enquanto a Cia EMESA (que cumpria objeto societário semelhante às 03 cias incorporadas) continuava com personalidade jurídica própria, as referidas “Cias” perdiam a condição jurídica de empresas, passando, como dito, a estabelecimentos operacionais (“filiais”) da “incorporadora” FRB. Como justificativa à combinação de negócios envolvendo a absorção da SN pela EMESA, e a cisão parcial da FRB (representada pelo “ágio segregado” em questão), constara, no dito “protocolo” de 10/2009, que (grifamos) “...a manutenção da SN Mineração como veículo de investimento na EMESA seria desnecessária; e que a FRB possuía, por sua vez, operações próprias e que não mais desempenhava a função de holding do Grupo.” O que nos remete, em principio, a uma contradição, pelo fato de a SN Mineração ter sido absorvida pela Cia EMESA; e não pela Cia FRB que a controlava diretamente (e, indiretamente, a própria EMESA). Tal como ocorrido com as empresas “incorporadas” TMC, Santanense e Viga, que também controlavam e administravam “ativos” de exploração mineral (“minas”), dado que a Cia FRB “passara a desenvolver diretamente atividades de extração, beneficiamento e comercialização de minérios” - conforme afirmado no referido protocolo.

2.15 Muito embora tal ponto não tenha sido objeto de julgamento pela DRJ, porém, trazida em sede de Recurso Voluntário, vislumbra-se que a operação fora praticada por partes independentes não havendo, assim, mácula alguma. Este próprio CARF já admitiu que não é o fato de haver empresa veículo que macula a operação, vejamos:

ÁGIO. FORMAÇÃO. NEGÓCIO ENTRE PARTES INDEPENDENTES. EFETIVO SACRIFÍCIO PATRIMONIAL DA ADQUIRENTE. FUNDAMENTO. EXPECTATIVA DE RENTABILIDADE RENTABILIDADE FUTURA. VALIDADE DA FORMAÇÃO. Ao se demonstrar que o ágio discutido nos autos se formou em negócio firmado entre partes independentes, em regime de livre mercado, foi respaldado por laudo baseado na expectativa de rentabilidade futura da investida e que houve um efetivo sacrifício patrimonial da adquirente em benefício dos alienantes do investimento, não se há de questionar o registro contábil do ágio, como a diferença entre o valor do sacrifício patrimonial e o valor de patrimônio líquido da investida. ÁGIO. TRANSFERÊNCIA. EMPRESA VEÍCULO. INCORPORAÇÃO REVERSA. VALIDADE. O uso de empresa veículo e de

incorporação reversa, por si sós, não invalidam as operações societárias que transferiram o ágio da investidora original para a empresa investida. Verificadas as condições legais, especialmente a confusão patrimonial entre investidora e investida, deve ser admitida a amortização fiscal do ágio (Processo nº 1301-002.009, relatoria Conselheiro Waldir Veiga Rocha)

2.16 Os fatos narrados evidenciam que o ágio é gerado ou por aquisição por (i) FRB, sob a perspectiva da Recorrente a qual nos filiamos; ou por (II) FRL, caso acompanhemos a fiscalização. Oras considerando que ambas as partes são independentes em relação à empresa que antes detinha a participação societária, não prospera o argumento.

(iii) Da empresa investidora

2.17 Outra controvérsia suscitada diz respeito a que empresa teria assumido o encargo do investimento e, portanto, seria real investidora. A questão importaria, pois, segundo a fiscalização, a amortização do ágio não poderia aproveitar empresa não residente. Entendo, particularmente, que uma vez que legislação não proíbe a utilização de empresa-veículo, de sorte que o aporte de capital em uma empresa brasileira para posterior aquisição de uma participação societária ou a aquisição direta de referida participação e posterior integralização em uma empresa-veículo para aproveitamento do ágio, a meu ver, é questão temporal menor.

2.18 Nessa linha, colaciono voto Conselheiro Caio Quintella em caso recentemente julgado nesta T.O. (Kimberley Clark PAF n.16561.720073/2014-18) que amolda-se perfeitamente ao cosa ora posto em julgamento:

"Trata-se de uma glosa de ágio, percebido em operações ocorridas no Brasil, entre empresas brasileiras.

Negar a dedutibilidade de uma despesas de investimento, sob a justificativa de que os seus reais detentores são empresas estrangeiras, desconsiderando anos de operações societárias e parcerias comerciais verdadeiras, ocorridas no Brasil (não foi questionada a legitimidade da parceria com o Grupo Klabin, que perdurou 9 anos, e nem com o Grupo Brasfanta, que perdurou 10 anos), pelo simples fato de o financiamento efetivo de tal investimento advir, originalmente, das controladoras internacionais de um grupo mundial não é razoável e simplesmente ignora o cenário globalizado da economia atual.

Se válida essa lógica, toda empresa sediada no Brasil que promoveu uma aquisição, a qual se valeu anteriormente de financiamento de controladora ou coligada estrangeira, não seria titular de suas despesas, bastando apenas o Fisco regredir o necessário no tempo, até encontrar o patrocínio estrangeiro."

2.19 De outro lado, a PGFN imputa a presente operação a pecha de planejamento tributário abusivo, transcrevo parte das contrarrazões em que se percebe a posição da Fazenda Nacional:

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

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

Voltando a atenção para o caso em apreço, vislumbra-se claramente diversas das figuras que tornam o planejamento tributário abusivo e, portanto, inoponível ao Fisco.

A começar pelas step transactions levadas a efeito para se incidir, artificialmente, na hipótese normativa que permitiria a amortização fiscal do ágio. Está evidente nos fatos acima demonstrados que o grupo estrangeiro FRL, desejoso de adquirir a empresa brasileira EMESA, percorreu caminho tortuoso, com finalidade de obter o benefício tributário da amortização do ágio, ao invés de promover a pura e simples compra das participações societárias. As partes e o objeto da negociação sobressaem evidentes dos termos do contrato de 19/06/2007 (fl. 1149 dos autos):

(A) CRISTIANO e JULIANA são os titulares registrados e beneficiários de 90% e 10%, respectivamente, das quotas da STARWOOD;
(B) A STARWOOD e CRISTIANO são os titulares registrados e beneficiários de 90 % e 10%, respectivamente, das quotas da SN;
(C) A SN é titular registrada e beneficiária de, no mínimo, 94,7% das ações da EMPRESA DE MINERAÇÃO ESPERANÇA S/A, sociedade anônima constituída e existente de acordo com as leis da República Federativa do Brasil, cuja sede está localizada em Estrada Souza Noschese, s/nº, Estação Carlos Newlands, Distrito de Conceição de Itaguá, Cidade de Brumadinho, Estado de Minas Gerais, Brasil (doravante denominada “EMESA”);
(D) A FR, por meio de sua subsidiária brasileira local FRB, pretende adquirir, livres e desembaraçados de quaisquer Ônus, todos os direitos, títulos e interesses em toda participação acionária, da cadeia societária existente que controla a EMESA, detida pela Vendedora, e tal aquisição será implementada pela FRB ao adquirir de CRISTIANO e da STARWOOD suas respectivas participações de 10% e 90% na SN;

Não obstante tal documento demonstrasse o interesse da FRL na EMESA, empresa operacional, o que se sucedeu foi uma aquisição da SN pela FRB.

Estas empresas configuram, evidentemente, meros veículos interpostos entre investidor e investida a fim de “internalizar o ágio a ser pago”, possibilitando uma futura incorporação de “cascas vazias” a fim de atender o pressuposto do art. 386 do RIR/99 para a dedutibilidade do ágio.

Portanto, está claro que a constituição e o emprego da FRB nesta aquisição não passou de procedimento para transmitir o capital da estrangeira FRL para os alienantes da SN. Além de, obviamente, para poder ser objeto de incorporação pela investida, para possibilitar incidir na hipótese legal que autoriza a amortização do ágio (art. 386 do RIR/99).

(...)

Ora, se é certo que foi constituída empresa veículo, como visto acima, sem propósito negocial outro que não servir de passagem do dinheiro da FRL para os sócios da INVESTIDA, data máxima venia, outra conclusão não se pode tirar senão que, no plano fático-material, quem adquiriu a SN foi a FRL, e jamais a FRB.

E sendo assim, a incorporação dessa empresa pela EMESA (juntamente com a SN), não deu ensejo à união do investimento com o investidor, única hipótese que autorizaria a amortização do ágio

2.20 Data máxima vênua ao entendimento esposado pela PFN, entendo que seja escolha puramente empresarial se investir diretamente do estrangeiro ou se capitalizar uma empresa no Brasil para tanto. A desconsideração da empresa brasileira para fins fiscais, segundo art. 116, parágrafo único do CTN, pressupõe que os “atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária”.

2.21 Não é o que se verifica no caso. Diferentemente da jurisprudência colacionada, a FRB não foi absorvida no próprio dia ou em poucos dias após sua constituição, não há que se falar, então, em meras cascas vazias. A empresa perdurou tal como constituída até 2009, quando ocorreram a cisão parcial e sua incorporação ao patrimônio da EMESA! E lembro que a empresa FRB continuou com suas atividades após tais eventos.

2.22 Nesse contexto não há como falar-se em "empresa casca-vazia" na medida em que a FRB constituída em 2006 perdurou até 2009 com objeto social, inclusive, contemplando atividades que vão além daquelas desempenhadas pela EMESA.

2.23 Tais dados, operacionais e temporais, que a operação praticada à época não tinha objetivo de reduzir o ônus tributário; o propósito era permitir que a FR se instalasse no Brasil. Ademais, oportuno lembrar que os investimentos estrangeiros diretos (IED) em atividade mineradora no Brasil observam algumas restrições na medida em que o subsolo constitui monopólio da União, nos termos do art. 176 da CRFB, e sua exploração é exclusiva por empresa brasileira

2.24. Esta mesma T.O. já debruçou-se em caso, sob a relatoria do Cons. Caio Quintella, no qual analisa com perspicácia a questão da acusação fiscal de "empresa casca-vazia" em investimento estrangeiro posicionando-se no seguinte sentido:

IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Ano calendário:

2008, 2009, 2010, 2011, 2012, 2013

DECADÊNCIA. ÁGIO. CONTAGEM DO PRAZO. DEDUÇÃO.

Inicia-se a contagem do prazo decadencial para a constituição dos créditos tributários referentes a glosa do aproveitamento de ágio a

partir da sua efetiva dedução pelo contribuinte, antes disso não há como se cogitar a inércia do Fisco.

ÁGIO. EMPRESA VEÍCULO. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO EXTRATRIBUTÁRIA. INOCORRÊNCIA. OPERAÇÃO COMPLEXA E DE LONGA DURAÇÃO. INVESTIMENTO ESTRANGEIRO. CONTEÚDO ECONÔMICO E OBJETIVOS EMPRESARIAIS CLAROS. AUSÊNCIA DE ILÍCITOS OU ABUSOS.

O simples emprego de companhias *holdings* em estrutura de aquisição de investimento, ainda que com a finalidade de viabilizar e promover a compra de participações societárias, denominadas *empresas veículo*, não basta para justificar a glosa do ágio verificado em tais operações. A alocação de recursos e investimentos em empresa controlada não operacional, principalmente quando procedida por grupos estrangeiros que almejam participar do mercado brasileiro, é manobra não só lícita, como também justificável e costumeira, dentro da dinâmica de um mercado globalizado. Deve ser verificada, de forma concreta e objetiva, a presença dos requisitos econômicos, financeiros e contábeis da formação do ágio, à luz das previsões dos artigos 385 e 386 do RIR/99, para o seu devido aproveitamento como despesa dedutível, independentemente das formas e modelos negociais adotados, desde que lícitos. A reorganização empresarial, procedida nos termos dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, mesmo envolvendo incorporação de *empresas veículo* e a chamada *incorporação reversa*, desde que não tenha como resultado o aparecimento de novo ágio, não constitui economia de tributos por meio ilícito ou abuso. A desconsideração de atos e negócios jurídicos do contribuinte é medida extrema e excepcional. Cabe ao Fisco a demonstração específica, devidamente comprovada, de que determinada vantagem fiscal foi obtida através da prática de atos ilícitos ou simulados, dentro dos moldes dos institutos de Direito Civil e de Direito Comercial brasileiros. Acusações de simulação e fraude não podem se valer apenas da *rotulação* das formas jurídicas adotadas pelo contribuinte como manifestamente defeituosas ou viciadas, independentemente de seu efetivo conteúdo e dos efeitos realmente verificados.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO CSLL Anocalendário:

2008, 2009, 2010, 2011, 2012, 2013

IDENTIDADE DE IMPUTAÇÃO. Decorrendo a exigência de CSLL da mesma imputação que fundamentou o lançamento do IRPJ, deve ser adotada, no mérito, a mesma decisão proferida para o Imposto de Renda, desde que não presentes arguições específicas e elementos de prova distintos.

2.26 Impertinente, assim, cogitar em ausência de propósito negocial ou propósito extratributário. Vislumbro na operação propósito negocial, uma empresa brasileira administrada por brasileiros está muito mais próxima de nossa realidade e adequada ao ambiente jurídico e negocial! E mesmo que assim não fosse, inclino-me a parte da doutrina que entende que o propósito negocial é instituto não regulamentado no sistema jurídico nacional, não podendo, per se, desqualificar uma operação. A ausência de um propósito negocial deve

ser vista como indício para que a autoridade fiscal busque comprovar a existência de uma simulação ou dissimulação, aí sim, amparada no ordenamento jurídico. Nesse sentido:

PROPÓSITO NEGOCIAL. AUSÊNCIA DE DOLO, FRAUDE OU SIMULAÇÃO. MANUTENÇÃO DOS EFEITOS DA OPERAÇÃO. Ausente conduta tida como simulada, fraudulenta ou dolosa, a busca de eficiência fiscal em si não configura hipótese que invalide as operações perpetradas pelo contribuinte e os respectivos efeitos fiscais. A existência de outras razões de negócio que vão além do benefício fiscal, apenas ratifica a validade e eficácia da operação. CARF/Acórdão nº 1201-001.484. de 13/09/2016

2.27 Portanto, entendo que não merece acatamento argumentação genérica que busca desmerecer a utilização de empresa veículo, sem que se demonstre a sua utilização como meio de fraude ou simulação. Afasto, portanto, a fundamentação fazendária nesse aspecto.

CONDIÇÕES DE PAGAMENTO: Permuta de ações

2.28 Um dos pontos controversos diz respeito a caracterização da permuta de ações como efetivo pagamento. A fiscalização macula a operação ante ao fato de que parte do valor NÃO foi pago em dinheiro, mas em ações da FR.

2.29 Nesse ínterim, é importante ressaltar que a própria administração tributária admite a permuta de ações como pagamento, inclusive para fins de apuração de ganho de capital, veja-se:

INCORPORAÇÃO DE AÇÕES. NATUREZA JURÍDICA. GANHO DE CAPITAL. TRIBUTAÇÃO.

A incorporação de ações por envolver uma transferência de titularidade das ações da incorporada, dadas em pagamento em uma conferência de aumento de capital, para a incorporadora, caracteriza-se como uma espécie do gênero alienação. No caso concreto, como houve a valorização a preço de mercado das ações dadas em pagamento, gerou-se um acréscimo patrimonial tributável pelo ganho de capital (Processo administrativo nº 16327.721008/2012-11, relatoria Conselheiro Antonio Bezerra Neto).

ÁGIO. AMORTIZAÇÃO. SUBSCRIÇÃO DE AÇÕES.

A operação societária de subscrição de ações equipara-se a uma aquisição. A subscrição de ações é uma forma de aquisição e o tratamento do ágio apurado nessa circunstância é o previsto na legislação em vigor (artigos 7º.e 8º. da Lei 9.532/1997). Subscrição de ações e alienação de ações são duas operações que permitem a aquisição de participação societária (Processo nº 13839.001516/2006-64, relatoria Conselheira Susy Gomes Hoffmann).

2.30 Se isso é verdade, então o fisco não pode negar tal caracterização para fins de cumprimento dos requisitos para formação e aproveitamento do ágio.

2.31. A exigência da fiscalização de que o ágio fosse pago em dinheiro no Brasil é improcedente na medida em que a permuta de quotas e ações, compreendida de maneira formal e objetiva, é plenamente lícita, não havendo qualquer vedação na legislação brasileira em relação a tal operação que se encontra no âmbito da liberdade econômica dos contratantes que considerando seu porte se revela em prática justificada dado que grande parte de seu valor está fragmentado e organizado em diversas sociedades empresárias, até dentro de uma multiplicidade de seguimentos mercadológicos, sendo, muitas vezes, mais prático e interessante às partes promover a permuta do que, mutua e simultaneamente, movimentar numerário de suas contas.

DO LAUDO DE AVALIAÇÃO

2.31 Reproduzo inicialmente o posicionamento da fiscalização tal como explicitado no TVF:

Soma-se a isso, a inexistência de documento (laudo técnico) de avaliação econômica da SN Mineração que, na qualidade de ente residente investido, não fora avaliado, quando da segregação contábil do aludido ágio – fato este, exaustivamente discorrido nos itens 39 a 43 do tópico antecedente. Como dito, a avaliação econômica do “investimento formalizado” (demostrada em documento, de autoria técnica, isenta e autônoma ao interessado) representa um dos requisitos normativos a serem satisfeitos para que um determinado ágio - regularmente contabilizado e comprovadamente suportado - se converta em “dedução fiscal”; em conformidade com as regras da contabilidade comercial/societária; e com normativo tributário regente (notadamente, os artigos 385 a 387 e 391 do RIR/99, na regulamentação dos artigos 7º e 8º da lei 9.532/97). Por isso, a exigência de se manter arquivado, na empresa que se apresenta suportando e contabilizando um determinado ágio, demonstrativo de rentabilidade futura daquele ente em que se investira, de forma a justificar o pagamento de eventual acréscimo (ágio) pela aquisição do investimento. Requisito este, que, em nosso entendimento, não fora satisfeito pela fiscalizada, pela apresentação de laudo de avaliação dela própria, e não da empresa “investida”. Dado que não fora a Cia EMESA que tivera as suas quotas de capital adquiridas pelo investidor estrangeiro, e sim, a empresa SN Mineração; que, conforme demonstrado nos itens 38 a 42 do tópico anterior, detinha em seu ativo patrimonial o investimento representado pelo controle societário da EMESA, junto a outros ativos; dispondo ainda de receitas próprias do seu objeto societário – o qual não se restringia a participação societária na EMESA. E que, na condição de ente “adquirido” (e/ou “objeto de investimento”) constara taxativamente do aludido contrato de compra e venda firmado pelas partes interessadas em 06/2007 (anexos).

2. Da leitura dos autos, percebo que em nenhum momento a fiscalização questionou o laudo ou sua qualidade, mas tão somente o fato de este ter avaliado a empresa EMESA, detentora do ativo que justificou toda a operação (planta industrial no Município de Brumadinho/MG), e não a empresa investida, controladora SN.

2.30 O laudo de avaliação é essencial para fundamentação e aproveitamento do ágio, conforme prescrição legal. A meus olhos, entretanto, o laudo deve comprovar a capacidade da empresa

de gerar lucros, sua rentabilidade futura! Independentemente de qual empresa tenha sido avaliada, se a controladora direta ou a indireta, o importante é que se tenha comprovado a capacidade da empresa de gerar rendimentos, a ponto de justificar a aquisição da participação societária com ágio.

2.31 Nesse sentido já se posicionou esta E. Câmara nos autos do processo nº 16682.721095/2013-30, relatoria do Conselheiro Leonardo de Andrade Couto:

DESPESAS COM AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. EMPRESA HOLDING. LAUDO COM BASE NO RESULTADO DA EMPRESA OPERACIONAL COLIGADA.

Quando a norma estabelece como fundamento econômico do ágio o valor da rentabilidade da coligada ou controlada com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros, não faz qualquer distinção quanto à origem desse resultado. Se a empresa holding detém participação na empresa operacional com base na qual foi elaborado o laudo de avaliação, o resultado dessa última se refletirá naquela na mesma proporção.

2.32 Nesse ponto também afasto a alegação quanto a lisura do auto que fundamenta o ágio e, portanto, cancelo o auto de infração neste ponto!

DAS MULTAS

2.33 Em relação as multas, entendo que uma vez cancelada a glosa da amortização do ágio, perde-se o objeto da multa, uma vez que não surgiu a obrigação de recolhimento IRPJ e da CSL.

3. CONCLUSÃO:

3.1 Por todo o exposto, voto pelo conhecimento do Recurso e provê-lo para cancelar o auto de infração em sua totalidade.

3.2 É como voto.

(assinado digitalmente)
Lucas Bevilacqua Cabianca Vieira

Voto Vencedor

Conselheiro Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Redator Designado

Com a devida vênia, discordo do entendimento do ilustre Conselheiro Relator.

A operação em questão pode ser assim sintetizada:

- a) FRL pretendia adquirir participação na EMESA;
- b) Com esse intuito constituiu FRB em 2007, firmando em 19/06/2007 contrato de compra da SN (holding controladora da EMESA);
- c) FRB foi sendo capitalizada pela FRL conforme a necessidade de se quitar as parcelas firmadas no contrato de aquisição da SN;
- d) FRB registrou o ágio referente a essa aquisição;
- e) Houve cisão parcial da FRB em 2009, segregando-se os ativos referentes à SN / EMESA;
- f) EMESA incorporou sua controladora direta SN (incorporação reversa) e, ato contínuo, incorporou também a parcela cindida da FRB (sua controladora indireta), a qual detinha o registro do ágio da aquisição da própria recorrente/SN;
- g) Iniciou-se a dedução de despesa referente à amortização do ágio, no entender do contribuinte, com fulcro nos artigos 385 e 386 do RIR/99.

Segundo consta à fl. 10 do Termo de Verificação Fiscal

Consoante ata de reunião do dia 30/10/2009, a Cia FRB (então, no papel de “controladora formal” da SN Mineração) autorizara a “incorporação” desta, por parte da ora fiscalizada (EMESA). Ou seja, a empresa SN Mineração (que até então controlava a Cia EMESA) fora absorvida pela própria controlada. No mesmo ato, aprovava-se o Laudo de Avaliação do patrimônio líquido da Cia incorporada (SN Mineração), datado de 21/10/2009. Tudo isso, no contexto do documento intitulado “Protocolo de Cisão Parcial e Incorporação” (anexos) - lavrado no dia 01/10/2009. Documento que formalizara a referida “combinação de negócios”; envolvendo, assim, a incorporação (pela EMESA) da sua então controladora (SN Mineração); concomitantemente ao registro formal de outra operação - no caso, a absorção “direta” (pela própria EMESA) de parcela cindida do patrimônio contábil da Cia FRB. No que a parte cindida representava a participação societária detida sobre a SN Mineração, ou seja, o dito investimento sobre o qual se segregara o ágio em 2007.

Para a autoridade fiscal autuante, as operações levadas a efeito, em realidade, nada mais eram do que “investimento externo na empresa residente SN Mineração; tendo, como protagonista, a empresa estrangeira Ferrous Resources Limited (FRL) – que promovera a operação e a arcaria com o ônus financeiro dela decorrente”.

Às fls. 42 e 43 do Termo de Verificação Fiscal, assevera ainda que o

[...] contrato de compra e venda de quotas da SN, e respectivos “aditamentos” ajustados entre a adquirente estrangeira (Ferrous Ltd) e a alienante local”, e que de fato “a Cia estrangeira (Ferrous Ltd) fora quem (de fato) promovera, custeara e suportara o ônus decorrente da aquisição do controle acionário da empresa SN Mineração, tendo, naquela oportunidade, apenas contabilizado a aquisição em nome de uma pessoa jurídica “local” (FRB), que se vira constituída ao tempo da operação; e cujas quotas de capital foram subscritas e/ou integralizadas à medida que a investidora estrangeira firmava e/ou realizava os “compromissos” contratuais”.

Aduz ainda que dos US\$ 58,4 milhões pagos na aquisição do investimento US\$ 16 milhões foram desembolsados diretamente no exterior, tendo esses valores sido contabilizados no “passivo” de RFB como dívidas contraídas junto a FRL (fl. 50 do Termo de Verificação Fiscal), concluindo que “[...] depara-se, desta feita, com uma contraprestação monetária, também atribuída como realizada no exterior, cujo custo (ônus) financeiro fora diretamente suportado pelo adquirente ‘de fato’ (Ferrous Ltd). Ou seja, ainda que nitidamente suportado por ente distinto do adquirente formalizado na operação (Cia FRB), tal dispêndio servira, no entanto, para compor a segregação contábil do ágio em tela, como se o custo de tal contraprestação tivesse sido suportado pela Cia ‘local’ - a quem o efetivo adquirente atribuíra o papel de ‘investidor’”.

A acusação do Fisco é que o investimento foi realizado pela empresa estrangeira (FRL), não havendo real confusão entre a real investidora e a investida (SN/EMESA), tendo FRB sido utilizada como mera “empresa veículo”.

A Recorrente, por sua vez, aduz que não há previsão legal de necessidade de confusão patrimonial entre investidora e investida, sendo suficiente tão somente a ocorrência incorporação de patrimônio na qual a incorporadora detenha participação. Nesse contexto, entende ser o ágio pago em aquisição desse quilate um ativo, podendo ser transferido sem restrições.

Não refuta o fato de a aquisição da SN pela FRB foi realizada por meio de ativos que foram integralizados na FRB pela FRL, contudo, argumenta que, sob a ótica jurídica, teria sido FRB a adquirente de SN. Salienta que qualquer sociedade, para ser constituída, necessita do capital de terceiros, tendo o mesmo ocorrido com FRL há pouco tempo, tendo como origem recursos de fundos de investimentos estrangeiros.

Por afim, aduz que a norma do art. 386 do RIR/99 possui caráter nitidamente indutor, não havendo que se falar em propósito negocial para as alterações societárias que levam ao aproveitamento do ágio, pois “o propósito negocial encontra-se na própria finalidade da norma indutora”. Alega que o contribuinte não pode ser penalizado por ter agido conforme tal norma. A possibilidade de amortização do ágio seria um

incentivo na aquisição de pessoas jurídicas, ainda mais se tratando de investidor estrangeiro que internalizam recursos tão importantes para o país.

Entende o i. Relator que a utilização de empresas veículos, por si só, não é suficiente para determinar os efeitos fiscais de determinada operação. Embora concorde que não se pode determinar a existência de patologia fiscal simplesmente pela utilização de empresas veículos, no caso concreto, não me resta qualquer sombra de dúvida que as operações, da forma como foram arquitetadas, visaram a driblar a legislação de regência, buscando posicionar a Recorrente artificialmente perante as normas que permitem a **amortização** do ágio em operações societárias.

Não se pode confundir o direito a contabilização do ágio com as condições para amortização em termos fiscais.

Vejamos, com base no Decreto nº 3.000, de 1999 (RIR/99), a legislação que rege a matéria:

Amortização do Ágio ou Deságio

Art.391. As contrapartidas da amortização do ágio ou deságio de que trata o art. 385 não serão computadas na determinação do lucro real, ressalvado o disposto no art. 426 (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 25, e Decreto-Lei nº1.730, de 1979, art. 1º, inciso III).

Parágrafo único. Concomitantemente com a amortização, na escrituração comercial, do ágio ou deságio a que se refere este artigo, será mantido controle, no LALUR, para efeito de determinação do ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação do investimento (art. 426). [grifo nosso]

Avaliado pelo Valor de Patrimônio Líquido

Art.426. O valor contábil para efeito de determinar o ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação de investimento em coligada ou controlada avaliado pelo valor de patrimônio líquido (art. 384), será a soma algébrica dos seguintes valores (Decreto-Lei nº1.598, de 1977, art. 33, e Decreto-Lei nº1.730, de 1979, art. 1º, inciso V):

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 do lucro real;

III-provisão para perdas que tiver sido computada, como dedução, na determinação do lucro real, observado o disposto no parágrafo único do artigo anterior. [grifos nossos]

Constata-se, assim, que, em regra geral, o ágio deverá ser ativado e utilizado como custo somente no momento da alienação do investimento, obviamente se essa vier a ocorrer.

Isso para uma aquisição de investimento realizado por uma empresa situada no Brasil. Mas não foi isso o ocorrido no caso concreto. Resta evidente que quem realmente adquiriu o investimento foi FRL, situada no exterior. Nesse sentido, compulsando os autos, percebe-se claramente que os investimentos realizados, e adquiridos com ágio, deveriam compor o ativo de FRL, situada no exterior.

A artificialidade da operação foi justamente buscar o contorno de tais normas imperativas, que impunham a ativação do ágio na real investidora, buscando posicionar a Recorrente diante de normas de contorno, quais sejam, o art. 386, III, e seu § 6º, II, do RIR/99, transcritas a seguir, mediante operações societárias meramente com fins fiscais:

Art.386. 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 artigo anterior (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, e Lei nº 9.718, de 1998, art. 10):

[...]

III- poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata o inciso II do §2º do artigo anterior, 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;

[...]

§6º O disposto neste artigo aplica-se, inclusive, quando (Lei nº 9.532, de 1997, art. 8º):

[...]

II- a empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a propriedade da participação societária. [grifos nossos]

Para amortização do ágio, conforme vem se decidindo nesta turma, diversas premissas necessitam ser cumpridas.

Em diversas situações como as ora tratadas, há citações de que esta Egrégia Turma teria firmado entendimento no sentido de que a amortização do ágio pago com fundamento em expectativa de rentabilidade futura, com fulcro no art. 7º, inciso III da Lei nº 9.532/97, deveria atender, inicialmente, a 3 (três) premissas básicas, quais sejam:

- 1) o efetivo pagamento do custo total de aquisição, inclusive o ágio;
- 2) a realização das operações originais entre partes não ligadas;
- 3) seja demonstrada a lisura na avaliação da empresa adquirida, bem como a expectativa de rentabilidade futura.

Contudo, desde o julgamento do processo nº 16561.720026/2011-13 (“Caso Bunge” – acórdão nº 1402-001.460), no qual fui designado redator do voto vencedor, esta turma, ainda que por voto de qualidade, alterou seu posicionamento.

Fixou-se o entendimento de que, em regra, o ágio efetivamente pago - em operação entre empresas não ligadas e calcadas em laudo que comprove a expectativa de rentabilidade futura - deve compor o custo do investimento, sendo dedutível somente no momento da alienação/extinção de tal investimento (inteligência do art. 426 do Decreto nº 3.000/99 - Regulamento do Imposto de Renda – RIR/99).

Por decorrência, incluiu-se nova premissa para que a amortização do ágio por rentabilidade futura fosse possível, qual seja, a extinção do investimento em razão da absorção

do patrimônio da investidora pela investida, ou vice-versa, conforme prevê o art. 386, e seu inciso III, do RIR/99.

No caso concreto, a fim de dar ares de legalidade à operação de modo a indicar que a formação do ágio teria cumprido os requisitos legais estabelecidos (em especial o efetivo pagamento do custo total de aquisição, inclusive o ágio; a realização das operações originais entre partes não ligadas; seja demonstrada a lisura na avaliação da empresa adquirida, bem como a expectativa de rentabilidade futura), utilizou-se de uma sociedade veículo criada no Brasil, no caso, FRB.

Para que o ágio com fundamento em rentabilidade futura possa compor o resultado do período, o regulamento do imposto de renda impõe ou a alienação do investimento – nesse caso, na forma de custo de aquisição -, ou mediante amortização, desde que haja incorporação, fusão ou cisão entre investidora e investida (art. 386, caput e inciso III), ainda que de forma reversa (art. 386, § 6º, II).

Saliento ainda que a tese de que os artigos 7º e 8º Lei nº 9.532/97 trouxeram um benefício fiscal relativo à amortização do ágio não prospera. A esse respeito, reproduzo excerto do voto do i. Conselheiro João Otávio Oppermann Thomé no bojo do acórdão 1102-000.873:

A profunda alteração levada a efeito pela Lei nº 9.532/97 consiste no seguinte: antes dela (na vigência do art. 34 do Decreto-Lei nº 1.598/77), era absolutamente irrelevante (nos casos de incorporação, fusão ou cisão) o fundamento no qual baseava-se o anterior registro do ágio ou deságio. Bastaria à pessoa jurídica avaliar o acervo líquido recebido a preços de mercado, e toda a diferença entre este acervo e o valor contabilmente registrado, relativo à participação societária extinta, era imediatamente deduzido como perda, para fins fiscais, qualquer que fosse o fundamento daquele ágio.

Após a Lei nº 9.532/97, nos casos de incorporação, fusão ou cisão, o ágio fundamentado em rentabilidade futura não mais pode ser deduzido imediatamente como perda, senão de forma “parcelada” em, no mínimo, cinco anos; o ágio fundamentado na diferença entre o valor contábil e o valor de mercado de bens do ativo não mais pode ser deduzido imediatamente como perda, senão de forma também “parcelada”, acompanhando a depreciação, amortização, ou exaustão normal do bem; e o ágio baseado em outros fundamentos econômicos não apenas não mais pode ser deduzido imediatamente como perda, como ainda sequer pode ser amortizado ao longo do tempo.

A nova lei, portanto, possui caráter manifestamente anti-elisivo. Não somente pelo seu próprio conteúdo normativo, já que a partir de sua edição foram sensivelmente restringidas as possibilidades de dedução do ágio, conforme acima exposto, como também pela própria manifestação do legislador, contida na exposição de motivos ao art. 8º da MP 1.602/97, posteriormente convertido no art. 7º da Lei nº 9.532/97, verbis:

“O art. 8º estabelece o tratamento tributário do ágio ou deságio decorrente da 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 referidos "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.”

Este ponto merece ser melhor explicitado, visto que há muitos juristas e doutrinadores - quiçá a maioria, até - que tratam os referidos artigos 7º e 8º como um incentivo fiscal às privatizações. Contudo, o entendimento aqui exposto não é isolado, e, neste sentido, transcrevo excerto de manifestação de Luís Eduardo Schoueri em recente livro¹ a respeito do tema:

“Muitos acreditam que a referida lei constituiu incentivo fiscal às privatizações. Neste sentido é o entendimento de Roberto Quiroga Mosquera e Rodrigo de Freitas, quando estes assinalam que o tratamento fiscal conferido ao ágio pela Lei nº 9.532/1997 ‘foi estabelecido no contexto de incentivo às privatizações, em que o Estado brasileiro tinha interesse em oferecer condições vantajosas aos adquirentes e, com isso, conseguir melhores preços’.

O mesmo raciocínio pode ser visto em Marcel e Michel Gulin Melhem, segundo os quais uma (e talvez a principal) das razões para a criação das normas sobre dedutibilidade do ágio na incorporação teria sido o incentivo ao “então chamado Programa Nacional de Desestatização, tornando as empresas estatais mais atraentes aos investidores privados, uma vez que o ágio eventualmente pago nos leilões de privatização poderia ser deduzido fiscalmente”. É, ainda, o mesmo entendimento de João Dácio Rolim e de Frederico de Almeida Fonseca, para quem um dos motivos para o tratamento dado ao ágio pela Lei nº 9.532/1997 “foi o de fomentar o chamado ‘Programa Nacional de Desestatização do Governo Federal’”.

Tal posicionamento não deixa de ser curioso. Afinal, se anteriormente o ágio era deduzido integralmente, a imposição de restrições não poderia ser considerada um incentivo. A exposição de motivos da Medida Provisória nº 1.602/1997 deixou hialino esse intuito de restrição da consideração do ágio como despesa dedutível, mediante a instituição de óbices à amortização de

¹ SCHOUERI, Luis Eduardo. Ágio em reorganizações societárias (aspectos tributários). São Paulo: Dialética, 2012, p. 66-68.

qualquer tipo de ágio nas operações de incorporação. Com isso, o legislador visou limitar a dedução do ágio às hipóteses em que fossem acarretados efeitos econômico-tributários que os justificassem.

Segundo as palavras utilizadas à época pelo Poder Executivo para justificar a introdução de disciplina diferenciada para o ágio conforme sua fundamentação, houve a necessidade de se coibir planejamentos tributários consistentes na aquisição com ágio de empresas deficitárias e posterior incorporação que fizesse com que o ágio fosse deduzido na empresa lucrativa.

Como antigamente não havia qualquer coerência e consistência para a dedução do ágio, a falta de regulamentação específica estava sendo utilizada para distorcer a lógica do sistema, o que gerou motivação suficiente para que o legislador barrasse esses artificios prejudiciais à completude do ordenamento jurídico.”

Ainda que possa não ser o entendimento dominante, também no CARF se encontram manifestações no mesmo sentido do quanto exposto no presente voto. Peço vênica para transcrever trecho do voto proferido pelo ilustre Conselheiro Mário Junqueira Franco Júnior, no acórdão nº 101-95.786, de 18 de outubro de 2006, à época acompanhado por unanimidade pela antiga Primeira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes:

“Antigamente, o Decreto 1.598/77, em seu artigo 34, atual artigo 430 do RIR/99 (...)

Não havia prazo mínimo para esta operação de registro da perda, certo que alguns contribuintes, fortes na avaliação apenas de bens tangíveis e ignorando a valorização de intangíveis, registravam perdas quase pela totalidade do ágio pago na aquisição. E isso em operações muitas das vezes instantâneas.

(...)

A motivação para a nova regra teve caráter antielisivo, conforme a exposição de motivos ao artigo 8º da MP 1.602/97, convertido no artigo 7º da Lei 9.532/97, verbis:

(...)

A única conclusão possível, portanto, é que a nova regulamentação, além de tomar despicienda qualquer avaliação de acervo líquido quando existente ágio ou deságio, criou prazo mínimo para a amortização, no caso 5 anos, como forma de evitar o ganho fiscal imediato que anteriormente se obtinha, pelo reconhecimento a um só tempo da diferença entre o valor contábil e o valor do acervo líquido.

No entanto, não há na norma qualquer permissão para que tal efeito represente um ajuste ao lucro líquido, mediante exclusão no LALUR. O fato é contábil, representativo do controle na escrituração da amortização do ágio após a incorporação. Como bem observou a decisão recorrida, apenas se a amortização ultimar-se em período anterior a cinco anos, haverá necessidade de

ajustes por adição e exclusão, para respeito ao prazo mínimo definido na norma.”

O entendimento, data vênia equivocado, de que o referido artigo veicularia incentivo fiscal foi tão veemente e reiteradamente alardeado, que na própria Câmara de Deputados foi debatido um projeto de lei visando à revogação do “benefício fiscal” previsto no inciso III do artigo 7º (que trata da amortização do ágio fundamentado em expectativa de resultados futuros).

De fato, o então Deputado Valdemar Costa Neto apresentou o Projeto de Lei nº 2.922-A, de 2000, por meio do qual propunha, em seu artigo 1º, a revogação do inciso III do art. 7º da Lei nº 9.532/97, ao argumento de ser “completamente absurdo o benefício fiscal que ela concedeu as empresas vencedoras dos leilões de privatização de empresas estatais”.

Ainda, posteriormente, foi apresentada emenda, pelo Deputado Luiz Antonio Fleury, a este projeto de lei, propondo a supressão da revogação antes proposta, na qual, mais uma vez, deu-se ao referido artigo a conotação de incentivo fiscal, verbis:

“Inclusive, a forma de contabilização atualmente prevista no inciso III do art. 7º da Lei n.º 9.532, de 10 de dezembro de 1997, representou um incentivo para que as empresas privadas participassem dos programas de desestatização.”

Neste sentido, podemos até dizer que um dos principais incentivos apresentados pelos processos de privatização está inserido na seara fiscal, eis a razão pela qual o benefício fiscal do inciso III do art. 7º da Lei nº 9.532, de 1997, se faz necessário.”

O Relator da matéria na Comissão de Finanças e Tributação, Deputado Antonio Cambraia, em seu voto, acolheu integralmente as ponderações apresentadas pela emenda supressiva, ressaltando que, por meio do artigo da Lei nº 9.532/97 em questão, “estimula-se o investimento em outras empresas e a reorganização societária, tão importantes num contexto de baixo crescimento econômico do país”.

O Projeto de Lei nº 2.922-A foi rejeitado, no mérito, por unanimidade, tendo sido arquivado em 02/12/2004, consoante informações obtidas em www.camara.gov.br.

O entendimento de que se trata de um incentivo fiscal tem permeado as mais recentes decisões do CARF a respeito do tema. Neste contexto foram proferidos diversos dos acórdãos citados pela recorrente em sede de recurso e memoriais apresentados, bastando a tanto citar o Acórdão nº 1301-000.711 (Tele Norte Leste, de relatoria do ilustre Conselheiro Valmir Sandri) e o Acórdão nº 1402-000.802 (Banco Santander, de relatoria do ilustre Conselheiro Antônio José Praga de Souza).

Transcrevo abaixo breve excerto do Acórdão nº 1301-000.711:

“Na verdade, o Programa Nacional de Desestatização, juntamente com as regras atinentes à dedutibilidade do ágio fizeram parte de todo um contexto para a formulação dos preços ofertados nos leilões de privatização e para as sucessivas reorganizações societárias realizadas pelas empresas objeto da desestatização, servindo como atrativo e motivo para o aumento substancial dos valores auferidos pelo Governo com a privatização.

Noutro giro, a dedutibilidade do ágio e a possibilidade de a empresa realizar a reorganização societária para o seu aproveitamento fez parte do pacote de condições ofertadas às empresas que participaram das privatizações, tendo, todas elas, conforme pesquisa na internet, adotado a política incentivada acima.”

Não me sensibilizam, contudo, os argumentos expendidos neste sentido. Identifico nos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97 tão somente uma nova normatização atinente ao registro e amortização do ágio — a propósito, sem sombra de dúvidas, mais restritiva que a anterior.

Além disto, não há nenhum elemento na Lei nº 9.532/97 que expressamente a vincule ao Programa Nacional de Desestatização. Pelo contrário, suas regras são válidas para todo e qualquer evento de fusão, incorporação ou cisão que implique a extinção de participação societária anteriormente adquirida com ágio.

Por essas razões, não há que se falar em norma indutora de comportamento, como alega a Recorrente. O que houve foi uma operação recheada de artificialidade a fim de que buscasse a amortização do ágio como se tal direito fosse inerente a qualquer operação de aquisição de investimento, hipótese, na realidade, restrita a operações realizadas, concretamente, nos termos do art. 386, III, e seu § 6º, II, do RIR/99.

A artificialidade da operação está, justamente, no passo intermediário utilizado pela Recorrente a fim de que o ágio, que deveria compor o custo do investimento de FRL no exterior, pudesse ser amortizado no Brasil: a criação de empresa veículo, FRB, para aquisição do investimento em SN/EMESA a fim de que pudesse ser realizada uma operação de reestruturação com incorporação reversa permitindo, no entender da Recorrente, o início da amortização dos valores de ágio.

Não há dúvida que a pessoa jurídica que, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, absorver patrimônio de outra pessoa jurídica que dela detenha participação societária adquirida com ágio, cujo fundamento seja a rentabilidade futura, poderá amortizá-lo nos balanços correspondentes à apuração do lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração, pois assim possibilita o art. 386 do RIR/99.

De igual forma, não se pode olvidar que o contribuinte tem o direito de estruturar o seu negócio de maneira que melhor lhe convém, com vistas à redução de custos e despesas, inclusive à redução dos tributos, sem que isso implique, necessariamente, qualquer ilegalidade.

Entretanto, o que não se admite atualmente é que os atos e negócios praticados se baseiem numa aparente legalidade, sem qualquer finalidade empresarial ou negocial, para disfarçar o real objetivo da operação, quando unicamente almeje reduzir o pagamento de tributos.

Greco²: Nesse sentido, colacionam-se a seguir os ensinamentos de Marco Aurélio

... a pergunta que se põe é: admitida a existência do direito de o contribuinte organizar a sua vida, este direito pode ser utilizado sem quaisquer restrições? Ou seja, tal direito é ilimitado? Todo e qualquer “planejamento” é admissível? Minha resposta é negativa. (pág. 190)

Ou seja, cumpre analisar o tema do planejamento tributário não apenas sob a ótica das formas jurídicas admissíveis, mas também sob o ângulo da sua utilização concreta, do seu funcionamento e dos resultados que geram à luz dos valores básicos de igualdade, solidariedade social e justiça. (pág. 202)

[...] com o advento do Código Civil de 2002 a questão ficou solucionada, pois seu artigo 187 é expresso ao prever que o abuso de direito configura ato ilícito:

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. (pág. 206)

No Brasil, entendo que esta possibilidade de recusa de tutela ao ato abusivo (mesmo antes do Código Civil de 2002) encontra base no ordenamento positivo, por decorrer dos princípios consagrados na Constituição de 1988 e da natureza da figura. Porém, 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.

Esta conclusão resulta da conjugação dos vários princípios acima expostos e de uma mudança de postura na concepção do fenômeno tributário que não deve mais ser visto como simples agressão ao patrimônio individual, mas como instrumento ligado ao princípio da solidariedade social. (pág. 208)

Em suma, não há dúvida de que o contribuinte tem o direito, encartado na Constituição Federal, de organizar sua vida da maneira que melhor julgar. Porém, o exercício deste direito supõe a existência de causas reais que levem a tal atitude. A auto-organização com a finalidade predominante de pagar menos imposto configura abuso de direito, além de poder configurar algum outro tipo de patologia do negócio jurídico, como, por exemplo, a fraude à lei. (pág. 228)

² GRECO, Marco Aurélio. Planejamento Tributário. São Paulo: Dialética, 2011, p. 198-208.

Nota-se, assim, que o direito ao planejamento tributário não pode ser absoluto, há que haver uma conformação entre a existência do direito e o modo como se exerceu esse direito, sob pena de incorrer-se em abuso de direito.

Ricardo Lobo Torres, a esse respeito, esclarece que “a proibição da elisão abusiva no campo tributário nada mais é que a especificação do princípio geral, jurídico e moral, da vedação do abuso de direito”.³

A tributação, historicamente, sempre contou com a rejeição do povo. Esse o motivo em função do qual foi fixada, em 1215, a limitação à tributação pela lei. Na Inglaterra de então, os barões e os religiosos procuraram conter o arbítrio do Rei, fixando que não haveria tributação sem lei que a estabelecesse. Mais adiante, a Constituição Norte-Americana de 1787 e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 reprisaram a limitação. Essa perspectiva, entretanto, sofreu alteração ao longo do tempo. Hoje, a tributação não é mais uma concessão da sociedade em favor do Estado, mas um instrumento da sociedade que tem por finalidade manter uma máquina pública estruturada em favor da própria sociedade. Esse é o sentido do dever fundamental do indivíduo de recolher os tributos devidos. Confira-se, a respeito, o pensamento de Klaus Tipke (“Justiça Fiscal e Princípio da Capacidade Contributiva”, Douglas Yamashita, São Paulo, Malheiros, 2002, pág. 13):

O dever de pagar impostos é um dever fundamental. O imposto não é meramente um sacrifício, mas sim uma contribuição necessária para que o Estado possa cumprir suas tarefas no interesse do proveitoso convívio de todos os cidadãos. O Direito tributário de um Estado de Direito não é Direito técnico de conteúdo qualquer, mas ramo jurídico orientado por valores. O direito Tributário afeta não só a relação cidadão/Estado, mas também a relação dos cidadãos uns com os outros. É um direito da coletividade.

A Constituição Federal de 1988 caminhou no sentido defendido por Tipke, quando afirma no seu art. 1º que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito e estipula como seus fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. A atividade produtiva deve cumprir o seu papel social de importância ao desenvolvimento do país e de fonte de manutenção dos membros da sociedade, mas sem que se sobreponha à cidadania e a dignidade humana.

O art. 3º da Constituição estipula como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e a marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Para o atingimento desses objetivos é de suma importância os recursos oriundos da tributação, daí que não se pode admitir o planejamento tributário lastreado exclusivamente na liberdade negocial e no respeito às formas, mas com mascaramento dos atos e negócios praticados para disfarçar o real objetivo da operação, unicamente para se esquivar do pagamento dos tributos.

³ LOBO TORRES, Ricardo. Planejamento Tributário. Elisão abusiva e evasão fiscal. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 20.

O pagamento de tributos é a contrapartida à proteção estatal que cada cidadão aspira. Ele tem muita importância para a coletividade e, por isso, pode ser exigido. Não se pode ter uma fixação por direitos, sob o aspecto individualista, esquecendo-se dos deveres, que também são importantes e que cada cidadão deve cumprir em função da posição que ocupa na sociedade.

Cabível assentar, também, que a orientação constitucional e jurisprudencial antes referida não representa novidade em termos internacionais. Nos Estados Unidos da América, meca do capitalismo e do liberalismo, a Suprema Corte, ao apreciar o caso *Gregory v. Helvering*, já em 1935, reconheceu o direito de planejamento do contribuinte, mas afastou a licitude de operações societárias nas quais presente choque entre a realidade e o artifício formal. Daquele julgado, que tratou de pretensa operação societária isenta do imposto de renda, colhe-se o seguinte excerto da decisão (“Interpretação Econômica do Direito Tributário: o caso *Gregory v. Helvering* e as doutrinas do propósito negocial (*business purpose*) e da substância sobre a forma (*substance over form*)”, Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy, Revista Fórum de Direito Tributário, Belo Horizonte, nº 43, págs. 55 a 62):

Nessas circunstâncias, os fatos falam por eles mesmos e permitem apenas uma única interpretação. O único empreendimento, embora conduzido nos termos do item “b” da seção 112, fora de fato uma forma elaborada e errônea de transposição simulada como reorganização societária, e nada mais. A regra que exclui de consideração o motivo da elisão fiscal não guarda pertinência com a situação presente, porquanto a transação em sua essência não é alcançada pela intenção pura da lei. Sustentar-se de outro modo seria uma exaltação do artifício em desfavor da realidade, bem como retirar da previsão legal em questão qualquer propósito sério. É mantido o julgamento de segunda instância.

Marco Aurélio Greco assevera ainda que “nem tudo o que é lícito é o honesto” e que o “o ordenamento jurídico não se resume à legalidade; ele contempla também mecanismos em última análise de neutralização de esperteza”, fazendo

*parte daquilo que Tércio Sampaio Ferraz Júnior denomina de regras de calibração do ordenamento. Ou seja, os textos legais dão as peças do sistema jurídico, mas para que funcionem coordenadamente precisam ser calibradas, ajustadas.*⁴ (grifo nosso)

Sobre o tema, Ricardo Lobo Torres conclui que

No direito tributário o mais importante para a Administração é requalificar o ato abusivo, sem anulá-lo em suas consequências no plano das relações comerciais ou trabalhistas.[...] Na elisão, afinal de contas, ocorre um abuso na subsunção do fato à norma tributária; como lembra Paul Kirchhof, a elisão é sempre uma subsunção malograda [...] Cabe à Administração Tributária, conseqüentemente, corrigir a subsunção malograda,

⁴ GRECO, Marco Aurélio. Planejamento Tributário. São Paulo: Dialética, 2011, p. 231.

*requalificando o fato de acordo com a interpretação correta da regra de incidência.*⁵

Discorrendo sobre o tema planejamento tributário, Greco assim se manifesta:

Recordando: na primeira fase, predomina a liberdade do contribuinte de agir antes do fato gerador e mediante atos lícitos, salvo simulação; na segunda fase do ainda predomina a liberdade de agir antes do fato gerador e mediante atos lícitos, porém nela o planejamento é contaminado não apenas pela simulação, mas também pelas outras patologias do negócio jurídico, como o abuso de direito e a fraude à lei.

*Na terceira fase, acrescenta-se um outro ingrediente que é o princípio da capacidade contributiva que – por ser um princípio constitucional tributário – acaba por eliminar o domínio da liberdade, para temperá-la com a solidariedade social inerente à capacidade contributiva.*⁶ (grifo nosso)

Salienta ainda o doutrinador que a capacidade contributiva é uma norma programática “possuindo caráter positivo em todos os momentos da atividade de concreção dos preceitos constitucionais: legislação, execução e jurisdição. **É a afirmação de que a eficácia jurídica alcança os intérpretes e aplicadores do Direito e não apenas o legislador**”⁷. (grifo nosso) Acrescenta ainda que se trata de instrumentos de controle do abuso de direito, fraude à lei e outras patologias dos negócios jurídicos, uma vez que negariam a eficácia de regramentos constitucionais.⁸

O Supremo Tribunal Federal já vêm se manifestando nesse sentido, como é possível observar no voto do Ministro Carlos Velloso no julgamento do RE nº 227.832-1 DJ de 28.06.2002), cujo excerto transcreve-se a seguir:

[...] a interpretação puramente literal e isolada do §3º do art. 155 da Constituição Federal levaria ao absurdo, conforme linhas atrás registramos, de ficarem excepcionadas do princípio inscrito no art. 195, caput, da mesma Carta – “a seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei...” – empresas de grande porte, as empresas de mineração, as distribuidoras de derivados de petróleo, as distribuidoras de eletricidade e as que executam serviços de telecomunicações – o que não se coaduna com o sistema da Constituição, e ofensiva, tal modo de interpretar isoladamente o § 3º do art. 155, a princípios constitucionais outros, como o da igualdade (C.F., artigo 5º e artigo 150, II) e da capacidade contributiva.

A respeito da colisão entre liberdade de iniciativa e solidariedade, Greco, em excepcional análise sobre o tema, conclui:

⁵ LOBO TORRES, Ricardo. Planejamento Tributário. Elisão abusiva e evasão fiscal. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 25.

⁶ GRECO, Marco Aurélio. Planejamento Tributário. São Paulo: Dialética, 2011, p. 319.

⁷ GRECO, Marco Aurélio. Planejamento Tributário. São Paulo: Dialética, 2011, p. 343.

⁸ GRECO, Marco Aurélio. Planejamento Tributário. São Paulo: Dialética, 2011, p. 344.

[...] quando se diz que é preciso tributar segundo a capacidade contributiva, também é preciso ponderar não ser adequado transformar a capacidade contributiva num valor absoluto que atropela a legalidade e a tipicidade. [...]

*Minha concepção ideológica é de que sempre haverá de ponderar os dois conjuntos de valores; ou seja, para mim o ponto de partida é o de que ambos devem estar sentados à mesa para dialogar. Vale dizer, não é a rigor um “ponto” de partida, mas uma “dualidade” de partida. Não há caso que não envolva dois tipos de valores. Isso está escrito com todas as letras no artigo 3º, I, da Constituição de 1988 – quando formula **os objetivos do Estado brasileiro** – ao estabelecer que **um deles é o de construir uma sociedade livre, justa e solidária**. Formulação linguística muito feliz, pois coloca numa ponta a liberdade (típica do Estado de Direito) e, na outra ponta, a solidariedade (típica do Estado Social) e entre elas a justiça que resultará da ponderação das duas. Ou seja, **só vamos ter justiça se e quando houver ponderação entre os valores liberdade e solidariedade.**⁹ (grifo nosso)*

Portanto, o procedimento adotado pela autoridade fiscal encontra-se em total sintonia com os princípios da legalidade e da livre iniciativa, encontrando eco não só na doutrina, mas também na jurisprudência, inclusive do Pretório Excelso. Também não há que se falar em desconsideração da personalidade jurídica ou de atos jurídicos. O que houve, na prática, foi uma requalificação dos atos realizados pelo contribuinte, prática adotada como regra de calibração do sistema (conforme Tércio Sampaio Ferraz Júnior), ou de “neutralização de esperteza”, nas palavras de Marco Aurélio Greco.

No caso concreto, ressalta aos olhos o posicionamento artificial da Recorrente em face das leis de regência de cunhos societário e fiscal.

A estrutura negocial montada pela Recorrente caracteriza o que a doutrina denomina de “operação estruturada em sequência”.

Greco¹⁰ trata o tema com a maestria peculiar:

Operação Estruturada em Sequência

Sob esta denominação estão as step transactions, vale dizer, aquelas sequências de etapas em que cada uma corresponde a um tipo de ato ou deliberação societária ou negocial encadeado com o subsequente para obter determinado efeito fiscal mais vantajoso. Neste caso, cada etapa só tem sentido se existir a que lhe antecede e se for deflagrada a que lhe sucede.

Uma operação estruturada indica a existência de um objetivo único, predeterminado à realização de todo o conjunto. E mais, indica a existência de uma causa jurídica única que informa todo o conjunto. Neste caso, cumpre examinar se há motivos autônomos, ou não, pois se estes inexistirem, o fato a ser enquadrado é o conjunto e não cada uma das etapas. (p. 462)

⁹ GRECO, Marco Aurélio. Planejamento Tributário. São Paulo: Dialética, 2011, p. 53-54.

¹⁰ GRECO, Marco Aurélio. Planejamento Tributário. São Paulo: Dialética, 2011, p. 462-476.

Uso de Sociedades

[...] o elemento relevante quando estamos perante uma pessoa jurídica não é apenas a sua existência formal (no registro competente etc.); tão importante ou até mais – em matéria tributária – é a identificação do empreendimento que justifica sua existência. A criação de uma pessoa jurídica tem sentido na medida em que corresponda à vestimenta jurídica de determinado empreendimento econômico ou profissional. A ideia de empresa é o núcleo a ser perquirido. (vide a importância que o Código Civil dá à noção de empresa – artigos 966 e segs.). (p. 468/469)

Conduit companies

A primeira situação a observar é das chamadas conduit companies (empresas-veículos ou de passagem) em que uma pessoa jurídica é criada apenas para servir como canal de passagem de um patrimônio ou de dinheiro sem que tenha efetivamente outra função dentro do contexto. (p. 470)

Deslocamento da Base Tributável

Outro aspecto a ser considerado é o do deslocamento da base tributável para sociedades que se encontrem em situação tributariamente mais favorável.

O deslocamento de base tributária para outra pessoa jurídica que se encontra em regime tributário comparativamente mais vantajoso é elemento que merece especial atenção; aliás, já foi objeto de exame pelo antigo Tribunal Federal de Recursos ao ensejo da mencionada Apelação Cível nº 115.478-RS (julgada em 18.02.87, Rel. Min. Américo Luz). Neste processo, além de outras considerações, encontra-se no relatório do acórdão o seguinte aspecto:

“O que existiu foi na realidade transferência de receita representada pela diferença de preços nas transações entre a autora e as demais empresas, pois a receita que não se realizou foi realizada pelas demais empresas, ainda que sob regime de determinação diferente.”

Este é o ponto a considerar, pois – dependendo das circunstâncias do caso concreto – pode configurar fraude à lei tributária. (p. 475/476) (grifos nossos)

Salienta-se que sem a utilização da denominada “empresas veículo” (FRB) não haveria amortização do ágio, pois tais valores deveriam compor o custo do investimento de FRL no exterior, conforme já abordado. Nesse contexto, é de pouco relevo se a “empresa veículo” efetivamente operava, ou se sua existência foi efêmera. O importante para a caracterização como conduit company foi a sua interposição no negócio, em si, alterando os efeitos tributários da real operação realizada, no caso, o investimento realizado por FRL na aquisição do investimento em SN/EMESA. Simplesmente por sua interposição em negócio jurídico, foi capaz de causar efeitos tributários, não em si mesma, mas na pessoa jurídica que efetivamente ocupava um dos polos da operação comercial perpetrada.

Conforme se observa, os pontos destacados por Greco ressaltam aos olhos no caso concreto, pois as operações perpetradas pela Recorrente foram estruturadas em sequência, sem qualquer propósito negocial que não seja a mera economia tributária. Ou seja, utilizou-se de sociedade de passagem a fim de que a mais valia na aquisição de ações - contabilizada como ágio e que deveria compor o custo do investimento de FRL, situada no exterior -, após imediata incorporação reversa entre investida (SN/EMESA) e investidora (FRB - empresa veículo), se transformasse em despesa dedutível na Recorrente.

A Câmara Superior de Recursos Fiscais analisou recentemente hipótese idêntica a ora tratada nos autos. Veja-se o decidido no acórdão 9101-002.470 (sessão de 21 de novembro de 2016), de lavra do Conselheiro Rafael Vidal de Araújo:

ÁGIO ORIUNDO DE AQUISIÇÃO COM USO DE RECURSOS FINANCEIROS DE OUTREM. AMORTIZAÇÃO. INDEDUTIBILIDADE.

A hipótese de incidência tributária da possibilidade de dedução das despesas de amortização do ágio, prevista no art. 386 do RIR/1999, requer que participe da "confusão patrimonial" a pessoa jurídica investidora real, ou seja, aquela que efetivamente acreditou na "mais valia" do investimento, fez os estudos de rentabilidade futura e desembolsou os recursos para a aquisição.

Não é possível o aproveitamento tributário do ágio se a investidora real transferiu recursos a uma "empresa-veículo" com a específica finalidade de sua aplicação na aquisição de participação societária em outra empresa e se a "confusão patrimonial" advinda do processo de incorporação não envolve a pessoa jurídica que efetivamente desembolsou os valores que propiciaram o surgimento do ágio, ainda que a operação que o originou tenha sido celebrada entre terceiros independentes e com efetivo pagamento do preço.

Por fim, é imperioso esclarecer que a autuação baseia-se exclusivamente nos passos intermediários da reorganização societária e dos seus efeitos tributários. Não se contestam, pois, os demais aspectos da reorganização, bem como suas consequências em outras searas.

Tecidas as observações pertinentes, peço vênia a Marco Aurélio Greco para tomar como minhas suas conclusões, que muito se encaixam no fechamento do meu entendimento sobre o caso, em especial o conflito entre livre iniciativa e solidariedade:

Minha concepção ideológica é de que sempre haverá de ponderar os dois conjuntos de valores; ou seja, para mim o ponto de partida é o de que ambos devem estar sentados à mesa para dialogar. Vale dizer, não é a rigor um "ponto" de partida, mas uma "dualidade" de partida. Não há caso que não envolva dois tipos de valores. Isso está escrito com todas as letras no artigo 3º, I, da Constituição de 1988 – quando formula os objetivos do Estado brasileiro – ao estabelecer que um deles é o de construir uma sociedade livre, justa e solidária. Formulação linguística muito feliz, pois coloca numa ponta a liberdade (típica do Estado de Direito) e, na outra ponta, a solidariedade (típica do Estado Social) e entre elas a justiça que resultará da

*ponderação das duas. Ou seja, só vamos ter justiça se e quando houver ponderação entre os valores liberdade e solidariedade.*¹¹

Nessa mesma linha de raciocínio, na ADI 2859 que examinava a constitucionalidade de diversos dispositivos da Lei Complementar nº 105/2001, inúmeros ministros discorreram sobre a capacidade contributiva e o dever fundamental de pagar tributos vinculado ao ideal de solidariedade social. Veja-se:

[...] Nesse quadro, evidencia-se a natureza solidária do tributo, o qual é devido pelo cidadão pelo simples fato de pertencer à sociedade, com a qual tem o dever de contribuir. O dever fundamental de pagar tributos está, pois, alicerçado na ideia de solidariedade social. (Ministro Dias Toffoli)

[...] 19. A Constituição Federal colocou a solidariedade ao lado da igualdade e da justiça como objetivos fundamentais da República, insculpidos no art. 3, inciso I da CF/88. A noção de solidariedade social pode ser visualizada tanto como valor ético e jurídico, absolutamente abstrato, quanto como princípio positivado, que é o caso do Brasil. Trata-se, sobretudo, de uma obrigação moral e um dever jurídico que, em razão da correlação entre deveres e direitos, informa e vincula a liberdade, a justiça e a igualdade. Por meio dele, a alteridade se insere de forma definitiva também no discurso jurídico.

20. Nesse ponto, algumas aproximações são inevitáveis. A primeira delas é com a definição de tributo como um dever fundamental. É comum que as pessoas após alguns séculos esqueçam que as principais formulações sobre o contrato social o conceberam com um acordo entre pessoas e não entre essas e o Estado, o que é um desvio de percepção bastante comum. Se a criação do Estado é um projeto coletivo, deve-se reconhecer que a solidariedade se projeta com muita força no direito fiscal, que se traduz na disciplina da repartição igualitária dos custos dos direitos prestados e/ou garantidos pelo Estado. Nesse contexto, o pagamento de tributos constitui-se um dever fundamental estabelecido constitucionalmente. (Ministro Luís Roberto Barroso)

[...] Em síntese, sem desconsiderar que uma das mais importantes funções das normas constitucionais – que pela própria natureza limitam a autodeterminação das gerações futuras – é conferir certo grau de estabilidade a um sistema de direitos, entendo não consentânea com a vontade do Poder Constituinte originário exegese da cláusula da irretroatividade que vincule de tal modo as opções políticas das gerações futuras a um modelo tributário não receptivo de novas propostas e mecanismos legais tendentes à efetivar a igualdade tributária pela melhor identificação da real capacidade contributiva dos cidadãos.

É dizer, não extraio do regime de direitos estabelecido na Constituição, cujo objetivo primeiro é construir “uma sociedade livre, justa e solidária” (art. 3º, I), obstáculo à rediscussão, pela comunidade política, das profundas assimetrias distributivas que assolam a sociedade. Compromissos sobre questões de direitos substantivos fixados pela Constituição devem, na minha compreensão, ser reconhecidos e honrados como aquilo que são: salvaguardas de longo prazo contra os riscos políticos de curto prazo. Não podem, entretanto, funcionar como obstáculos a qualquer tentativa de efetuar correções de rumo relativamente a escolhas prévias sobre a arquitetura do regime tributário. (Ministra Rosa Weber)

¹¹ GRECO, Marco Aurélio. Planejamento Tributário. São Paulo: Dialética, 2011, p. 53-54.

Entendo que, pelas conclusões já expostas, não se pode acatar as deduções a título de ágio realizadas pela Recorrente.

Tendo em vista a ausência de argumentos específicos em relação à exigência de CSLL, aplica-se o mesmo entendimento esposado em relação ao IRPJ.

Ante o exposto, voto por negar provimento ao recurso quanto à amortização do ágio.

No que diz respeito à exigência de multas isoladas por falta de recolhimento de estimativas, novamente divirjo do entendimento esposado pelo r. Conselheiro Relator.

Em razão da infração principal, a autuada deixou de recolher valores a título de estimativas de IRPJ e CSLL, ensejando a exigência de multas isoladas.

Há de separar a exigência em dois períodos distintos em razão da nova redação dada ao art. 44 da Lei nº 9.430/1996: o primeiro até o advento da Medida Provisória nº 351/2007 (convertida na Lei nº 11.488/2007) e o segundo após a edição de tal ato.

DAS MULTAS ISOLADAS ATÉ O ADVENTO DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 351/2007

Em relação à aplicação da multa isolada de forma concomitante com a multa de ofício, em que pese meu entendimento pessoal sobre a matéria, recentemente foi aprovada súmula impedindo tal cobrança quando baseada no art. 44, §1º, inciso IV, da Lei nº 9.430/96, conforme se observa do enunciado nº 105 da Súmula CARF: "*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.*"

No caso concreto, a exigência diz respeito aos anos-calendário de 2011 e 2012, ou seja, a fatos geradores ocorreram todos após o advento da MP nº 351/2007 que alterou a redação do art. 44 da Lei nº 9.430/96 a que se refere Súmula CARF nº 105. Passo à análise desse novo dispositivo legal.

DAS MULTAS ISOLADAS APÓS O ADVENTO DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 351/2007

Com a edição da Medida Provisória nº 351/2007 em 22/01/2007, posteriormente convertida na Lei nº 11.488/2007, a multa isolada por falta de recolhimento de estimativas de IRPJ e CSLL passou a ter novo regramento.

Desse modo, a partir da estimativa devida referente ao mês de dezembro de 2006, cujo vencimento se deu em 31/01/2007, a penalidade isolada aplicada no lançamento de ofício encontra-se prevista no art. 44, inciso II, da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, com a redação que lhe foi dada pelo art. 14 da Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007, não se aplicando, portanto, a Súmula CARF nº 105. Confira-se a nova redação do dispositivo em questão:

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.

[...]

As multas exigidas juntamente com o tributo ou isoladamente, como definidas no art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, vinculam-se a infrações de natureza distinta. A Lei nº 9.430, de 1996, em seu art. 1º, estabeleceu como regra geral, a partir do mês de janeiro de 1997, a apuração do lucro real trimestral. Apenas por exceção a pessoa jurídica poderia optar pela apuração do lucro real anual, situação em que fica obrigada a efetuar os recolhimentos do IRPJ e da CSLL mensalmente, calculados por estimativa (artigo 2º).

As bases de cálculo do IRPJ e da CSLL devidos mensalmente são determinadas por meio da aplicação, sobre a receita bruta do mês, de percentuais estabelecidos pelo artigo 15 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, de acordo com as atividades desenvolvidas pela pessoa jurídica.

Consoante se verifica pela redação das normas transcritas, são essencialmente duas as penalidades previstas no art. 44 retrotranscrito (“*serão aplicadas as seguintes multas*”, “*I...II*”): uma, exigida juntamente com o tributo faltante, nas hipóteses de “*de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata*”. Essa penalidade está valorada em 75% “*sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição*”; outra, exigida de forma isolada, no percentual de 50%, na hipótese da falta recolhimento das estimativas mensais de IRPJ e da CSLL.

É pertinente esclarecer que os recolhimentos efetuados mensalmente a título de estimativas (art. 2º, §§ 3º e 4º, da Lei nº 9.430, de 1996) não são definitivos, porquanto a apuração definitiva do tributo devido se dará somente ao final de cada ano-calendário. Esse o motivo pelo qual a penalidade pelo inadimplemento dessa obrigação é denominada multa isolada, uma vez que pode ser exigida independentemente de haver ou não tributo devido ao final do período de apuração. E também não há qualquer correlação entre o valor do tributo devido ao final de apuração e a multa isolada: sua base de cálculo é o valor do pagamento mensal (estimativa) de IRPJ ou CSLL que deixar de ser recolhido.

Diante dessas constatações, é imperioso concluir que as multas são distintas e autônomas. Isso decorre, acima de tudo, das evidentes diferenças que existem entre as hipóteses de incidência e os consequentes das normas punitivas.

No IRPJ e na CSLL, observamos que os critérios material e temporal são completamente distintos. O tributo não pago, decorrente da existência de lucro apurado trimestralmente ou anualmente, submete-se à multa do inciso I do art. 44 da Lei nº 9.430 de 1996, enquanto que a estimativa não recolhida, decorrente da existência de receita bruta mensal ou balanços de redução, submete-se à multa do inciso II do dispositivo antes citado.

No caso do inciso I do art. 44 da Lei nº 9.430 de 1996, a quantificação toma por base o tributo devido em função do lucro, fazendo incidir o percentual de 75% (regra geral passível de qualificação e agravamento - §§ 1º e 2º do art. 44). No caso do inciso II, letra “b”, do dispositivo antes citado, a quantificação toma por base a estimativa apurada em função da receita bruta ou resultados mensais, fazendo incidir o percentual de 50% (regra geral não passível de qualificação ou agravamento).

Como se pode observar, são duas normas distintas e autônomas, que punem, em diferentes graus, ilicitudes diversas.

Alega a Recorrente que a aplicação da penalidade isolada, tal qual perpetrada no auto de infração, viola o princípio da legalidade. Aduz ainda que não se poderia aplicá-la após o encerramento do exercício, tampouco em concomitância com a multa de ofício de 75%. Cita diversos acórdãos do CARF que dariam guarida a sua tese.

Não merecem prosperar os argumentos de defesa. Vejamos.

Em primeiro lugar, conforme já transcrito, a penalidade isolada por ausência de recolhimento de estimativas mensais está prevista no art. 44, II, da Lei nº 9.430/96, não havendo que se falar em ofensa ao princípio da legalidade. Nesse sentido, também, não há ofensa ao art. 97, V, do CTN, uma vez que a multa em discussão foi instituída por lei.

Em relação a não aplicabilidade das multas isoladas após o encerramento do exercício, implicaria ofensa à literalidade do art. 44, II, “b”, da Lei nº 9.430/96, dispositivo que prevê, de forma expressa, a aplicação da penalidade isolada “*ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente*”. Ora, se a própria norma prevê sua aplicação ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base negativa de CSLL, pressupõe-se, por óbvio, que o exercício já tenha sido encerrado, sem o que não se poderia falar em apuração do resultado do exercício.

Pode-se concluir que o ordenamento jurídico protege, com a multa isolada, o fluxo financeiro advindo do pagamento mensal das estimativas. Ora, inexistindo penalidade pelo seu não recolhimento não haveria como obrigar o contribuinte a antecipar o tributo, e o pagamento das estimativas acabaria por se tornar mera faculdade do contribuinte, retirando da norma a sua força cogente, o que não se mostra razoável.

Em relação às decisões colacionadas pela Recorrente, frise-se que se baseiam na redação anterior do art. 44 da Lei nº 9.430/96. **Em que pese minha particular discordância com a interpretação do referido dispositivo dada pelos acórdãos em questão, não se pode olvidar que os argumentos utilizados não se amoldam a novel redação dada ao dispositivo pelo art. 14 da Lei nº 11.488/2007.** Vejamos.

Ao se comparar a alteração da redação do art. 44 da Lei nº 9.430/96, constata-se que se buscou adequar o dispositivo à jurisprudência então dominante no CARF, mais precisamente a firmada em torno do entendimento do então Conselheiro e Presidente de Câmara José Clóvis Alves, que atacava a redação do *caput* do art. 44 da Lei nº 9.430/96 (“*Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas, calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição...*”), e também o fato da ocorrência de *bis in idem*, pois a “mesma” multa seria aplicada quando do lançamento de ofício do tributo (Acórdão CSRF 01-05503 - 101-134520). Na nova redação do citado artigo, o *caput* não mais faz

referência à diferença de tributo (“*Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas...*”), sendo tal expressão utilizada somente no inciso I, que trata da multa de 75% aplicada sobre a diferença de tributo lançado de ofício. A referência à multa isolada agora é tratada em dispositivo específico (inciso II), com multa em percentual distinto da multa de ofício (esta é de 75%, e aquela de 50%). Vê-se, assim, que a nova multa isolada é aplicada, em percentual próprio, sobre o valor do pagamento mensal que deixou de ser efetuado a título de estimativa, não mais se falando em diferença sobre tributo que deixou de ser recolhido.

Em voto que a meu ver bem reflete a tese aqui exposta, o ilustre Conselheiro GUILHERME ADOLFO DOS SANTOS MENDES foi preciso na análise do tema (Acórdão 103-23.370, Sessão de 24/01/2008):

[...]

Nada obstante, 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, no caso das extraordinárias, e certo, em relação às temporárias, a cessação de sua vigência, 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.

Desse modo, após o advento da MP nº 351/2007, entendo que as multas isoladas devem ser mantidas, ainda que aplicadas em concomitância com as multas de ofício pela ausência de recolhimento/pagamento de tributo apurado de forma definitiva. Tal conclusão decorre da constatação de se tratarem de penalidades distintas, com origem em fatos geradores e períodos de apuração diversos, e ainda aplicadas sobre bases de cálculos diferenciadas. A legislação, em nenhum momento, vedou a aplicação concomitante das penalidades em comento.

Em complemento, e em especial em relação à suposta aplicação do princípio da consunção, transcrevo o entendimento firmado pelo Conselheiro Leonardo de Andrade Couto em seus votos sobre o tema em debate:

Manifestei-me em outras ocasiões pela aplicação ao caso do princípio da consunção, pelo qual prevalece a penalidade mais grave quando uma pluralidade de normas é violada no desenrolar de uma ação.

De forma geral, o princípio da consunção determina que em face a um ou mais ilícitos penais denominados *consuntos*, que funcionam apenas como fases de preparação ou de execução de um outro, mais grave que o(s) primeiro(s), chamado *consuntivo*, ou tão-somente como condutas, anteriores ou posteriores, mas sempre intimamente interligado ou inerente, dependentemente, deste último, o sujeito ativo só deverá ser responsabilizado pelo ilícito mais grave.¹²

Veja-se que a condição básica para aplicação do princípio é a íntima interligação entre os ilícitos. Pelo até aqui exposto, pode-se dizer que a intenção do legislador tributário foi justamente deixar clara a independência entre as irregularidades, inclusive alterando o texto da norma para ressaltar tal circunstância.

No voto paradigma que decidi casos como o presente sob a ótica do princípio da consunção, o relator cita Miguel Reale Junior que discorre sobre o crime progressivo, situação típica de aplicação do princípio em comento.

Pois bem. Doutrinariamente, existe crime progressivo quando o sujeito, para alcançar um resultado normativo (ofensa ou perigo de dano a um bem jurídico),

¹² RAMOS, Guilherme da Rocha. Princípio da consunção: o problema conceitual do crime progressivo e da progressão criminosa. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 5, n. 44, 1 ago. 2000. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/996>>. Acesso em: 6 dez. 2010.

necessariamente deverá passar por uma conduta inicial que produz outro evento normativo, menos grave que o primeiro.

Noutros termos: para ofender um bem jurídico qualquer, o agente, indispensavelmente, terá de inicialmente ofender outro, de menor gravidade — passagem por um *minus* em direção a um *plus*.¹³ (destaques acrescidos).

Estaríamos diante de uma situação de conflito aparente de normas. Aparente porque o princípio da especialidade definiria a questão, com vistas a evitar a subsunção a dispositivos penais diversos e, por conseguinte, a confusão de efeitos penais e processuais.

Aplicando-se essa teoria às situações que envolvem a imputação da multa de ofício, a irregularidade que gera a multa aplicada em conjunto com o tributo não necessariamente é antecedida de ausência ou insuficiência de recolhimento do tributo devido a título de estimativas, suscetível de aplicação da multa isolada.

Assim, não há como enquadrar o conceito da progressividade ao presente caso, motivo pelo qual tal linha de raciocínio seria injustificável para aplicação do princípio da consunção.

Ainda seguindo a analogia com o direito penal, a grosso modo poder-se-ia dizer que a situação sob exame representaria um concurso real de normas ou, mais especificamente, um concurso material: duas condutas delituosas causam dois resultados delituosos.

Abstraindo-se das questões conceituais envolvendo aspectos do direito penal, a Lei nº 9.430/96, ao instituir a multa isolada sobre irregularidades no recolhimento do tributo devido a título de estimativas, não estabeleceu qualquer limitação quanto à imputação dessa penalidade juntamente com a multa exigida em conjunto com o tributo.

Isso posto, voto por manter a exigência das multas isoladas.

CONCLUSÃO

Isso posto, voto por negar provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)
Fernando Brasil de Oliveira Pinto

¹³ Idem, Idem