



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

Processo n° 10830.721270/2014-42
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1302-002.541 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 19 de fevereiro de 2018
Matéria IRPJ e CSLL - Ágio intragrupo
Recorrente RIGESA, CELULOSE, PAPEL E EMBALAGENS LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2009, 2010, 2011, 2012

PROCESSUAL - NULIDADE - QUORUM MÍNIMO PARA JULGAMENTO PELA DRJ - INOCORRÊNCIA

Ressalvado entendimento pessoal do relator, o quorum mínimo para julgamento pela DRJ é aquele definido no art. 4º, § 6º, da Portaria MF 341/11, qual seja, 3 (três) membros julgadores, ainda que a turma possa deter composição extraordinária de 7 componentes, conforme preceitua o art. 2º *caput*, do citado diploma normativo.

DECADÊNCIA - ÁGIO - PRAZO QUE SE INICIA DO FATO GERADOR E NÃO DOS ATOS QUE CONTRIBUÍRAM PARA A SUA OCORRÊNCIA - A jurisprudência deste Conselho é uníssona a afirmar que a decadência ocorre quanto ao fato-signo presuntivo de riqueza, ensejador da obrigação tributária, e não dos atos/fatos pretéritos, de efeitos prospectivos, que apenas contribuem para a materialização da hipótese de incidência.

DIPJ RETIFICADORA - PERDA DA ESPONTANEIDADE QUE NÃO IMPEDE A CONSIDERAÇÃO DAS INFORMAÇÕES RETIFICADAS DESDE QUE IDONEAMENTE COMPROVADAS.

A apresentação de DIPJ retificadora no curso da ação fiscal não atende aos preceitos do art. 138 do CTN. Nada obstante é possível conhecer das informações retificadas, contudo, se o contribuinte apresentar documentação idônea suficiente a comprovar a veracidade das informações retificadas, mister do qual não se desincumbiu o contribuinte.

ÁGIO FORMADO EM OPERAÇÕES INTRA-GRUPO - VALOR LASTREADO EM LAUDOS OU DEMONSTRAÇÕES PARCIAIS (INIDÔNEAS) - AMORTIZAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE.

Ainda que se admita a apropriação e amortização de ágio verificado na aquisição de investimentos, o benefício somente pode ser validado por laudo

ou demonstração dotada de imparcialidade mínima; verificado, inclusive, a elaboração de dois laudos com dados subjetivos, sem lastro comprobatório, e informações conflitantes (datas de conclusão divergentes), não há como acolhê-los para os fins do art. 386 do RIR.

ÁGIO INTERNO. AUSÊNCIA DE MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA. INDEDUTIBILIDADE FISCAL.

O ágio criado internamente, dentro de um mesmo grupo econômico, sem movimentação financeira alguma, ausentes quaisquer condições de livre mercado é indedutível para fins tributários.

OPERAÇÕES SOCIETÁRIAS. SIMULAÇÃO.

Constatada a simulação de operações societárias com a finalidade de viabilizar a criação de ágio e sua amortização fiscal, há que ser, á ágio assim criado, declarado indedutível para fins tributários.

MULTA QUALIFICADA - SONEGAÇÃO. SIMULAÇÃO.

Constatada a existência de sonegação e simulação, há que ser qualificada a multa de ofício.

MULTA ISOLADA E MULTA OFÍCIO - CONCOMITÂNCIA. PROCEDÊNCIA.

A Súmula CARF de nº 105 só tem aplicação aos casos anteriores à edição da Medida Provisória nº 351, de 2007, convertida na Lei nº 11.488, de 2007. Tratando-se de penalidades distintas, não há impedimento à sua aplicação concomitante.

JUROS SOBRE MULTA DE OFÍCIO.

É legal a exigência de juros moratórios calculados pela taxa Selic, inclusive sobre os valores das multas não pagas no vencimento.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar as preliminares de nulidade da decisão de primeiro grau e do auto de infração e de decadência suscitadas, votando os Conselheiros Carlos Cesar Candal Moreira Filho e Luiz Tadeu Matosinho Machado pelas conclusões quanto à rejeição das nulidades. No mérito, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso voluntário quanto à exigência principal, vencidos os Conselheiros Marcos Antonio Nepomuceno Feitosa e Flávio Machado Vilhena Dias, tendo os Conselheiros Carlos Cesar Candal Moreira Filho, Paulo Henrique Silva Figueiredo, Rogério Aparecido Gil, Lizandro Rodrigues de Sousa e Luiz Tadeu Matosinho Machado acompanhado o relator pelas conclusões e em negar provimento ao recurso quanto à multa qualificada e à multa isolada, vencidos os Conselheiros Gustavo Guimarães da Fonseca (relator), Marcos Antonio Nepomuceno Feitosa e Flávio Machado Vilhena Dias; e, por unanimidade em negar provimento quanto à incidência de juros sobre a multa de ofício. Designado o Conselheiro Carlos Cesar Candal Moreira Filho para redigir o voto vencedor. O Conselheiro Marcos Antonio Nepomuceno Feitosa solicitou a apresentação de declaração de voto.

(assinado digitalmente)

Luiz Tadeu Matosinho Machado - Presidente.

(assinado digitalmente)

Gustavo Guimarães da Fonseca - Relator

(assinado digitalmente)

Carlos Cesar Candal Moreira Filho - Redator Designado

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Luiz Tadeu Matosinho Machado (Presidente), Rogério Aparecido Gil, Paulo Henrique Silva Figueiredo, Marcos Antônio Nepomuceno Feitosa, Lizandro Rodrigues de Sousa (Suplente convocado), Carlos Cesar Candal Moreira Filho, Gustavo Guimarães da Fonseca e Flávio Machado Vilhena Dias.

Relatório

Cuida o processo de autos de infração lavrados em face do recorrente para exigir créditos tributários relativos ao IRPJ e à CSLL devidos nos anos de 2009 a 2012, tendo em conta a glosa de despesas decorrentes de amortização de ágio observado em operações societárias ocorridas no de 2002.

Além disso, foi-lhe exigido também o pagamento de multa isolada (50%) sobre valores de estimativas não recolhidas, além da multa de ofício qualificada.

No caso, de acordo com a fiscalização:

a) o contribuinte teria praticado uma sucessão de atos societários tendo por escopo, exclusivamente, a economia tributária advinda do ágio, a seu ver, artificialmente criado;

b) ter-se-ia verificado, mais, a ocorrência de interposição de empresa veículo a fim de transportar o ágio citado anteriormente até o contribuinte atuado, e;

c) a já citada pactuação teria se concretizado entre empresas pertencentes à um mesmo controlador, tipificando a figura do ágio interno.

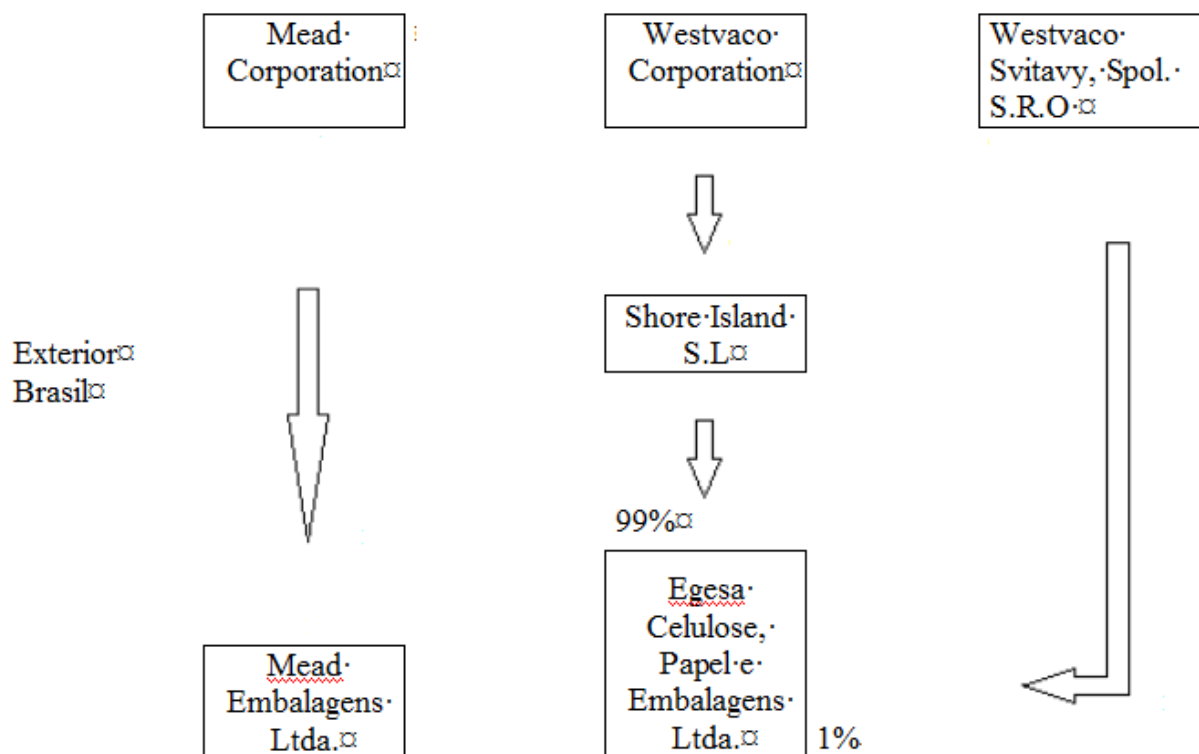
A par da discussão teórica sobre a ocorrência de evasão/elusão, a fiscalização ainda se socorreu das normas contábeis atuais para reafirmar a invalidade/ilegalidade do registro e amortização do ágio criado intragrupo (invocando, em especial, as normas contidas na Instrução CMV 319 e do CPC 04), além de questionar a validade do laudo lavrado para avaliar a empresa MeadWestvaco do Brasil Ltda. (antiga Mead Embalagens do Brasil Ltda.), argumentando que:

a) este laudo teria sido confeccionado posteriormente à realização da operação que encerrou o surgimento do ágio (e, portanto, não seria contemporâneo);

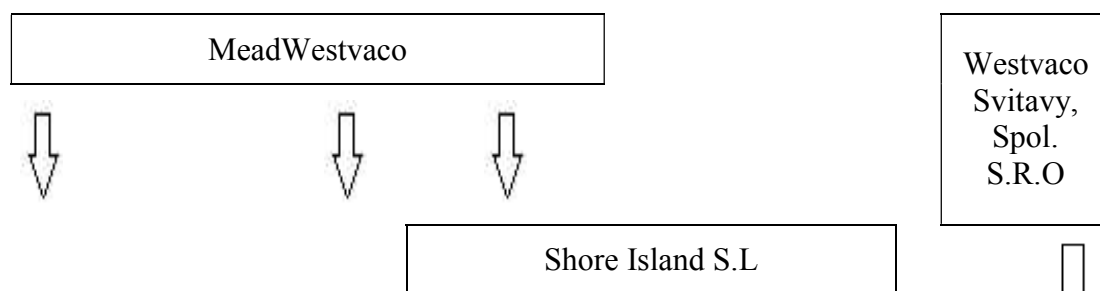
b) os critérios adotados pela auditoria independente (Z3M), mormente o critério de fluxo de caixa descontado seriam imprestáveis para justificar a avaliação por expectativa de rendimento futuro, lado outro os valores atribuídos pelos avaliadores à partes dos ativos, tangíveis e intangíveis seria questionável.

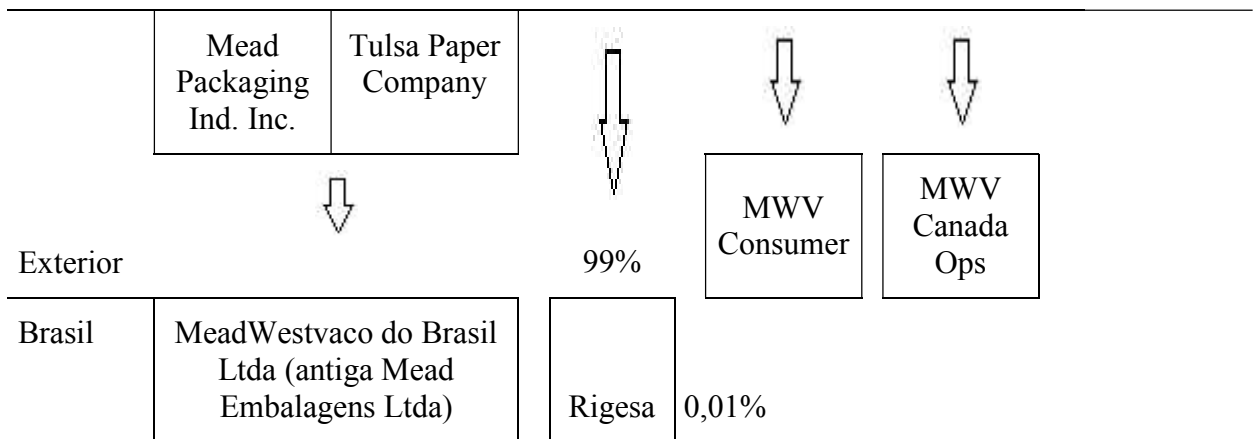
Apenas para tornar claro o problema a ser enfrentado por este colegiado, elucidado, abaixo, a sequência das operações societárias que, ao fim e ao cabo, são, realmente, o objeto desta demanda.

Pois bem, toda a celeuma se instaurou numa das etapas do processo de unificação de grupos empresariais estabelecidos no exterior, Mead Corporation e Westvaco Corporation, as quais, antes da fusão, eram controladoras, respectivamente, da Mead Embalagens Ltda. e da própria recorrente. Veja-se:



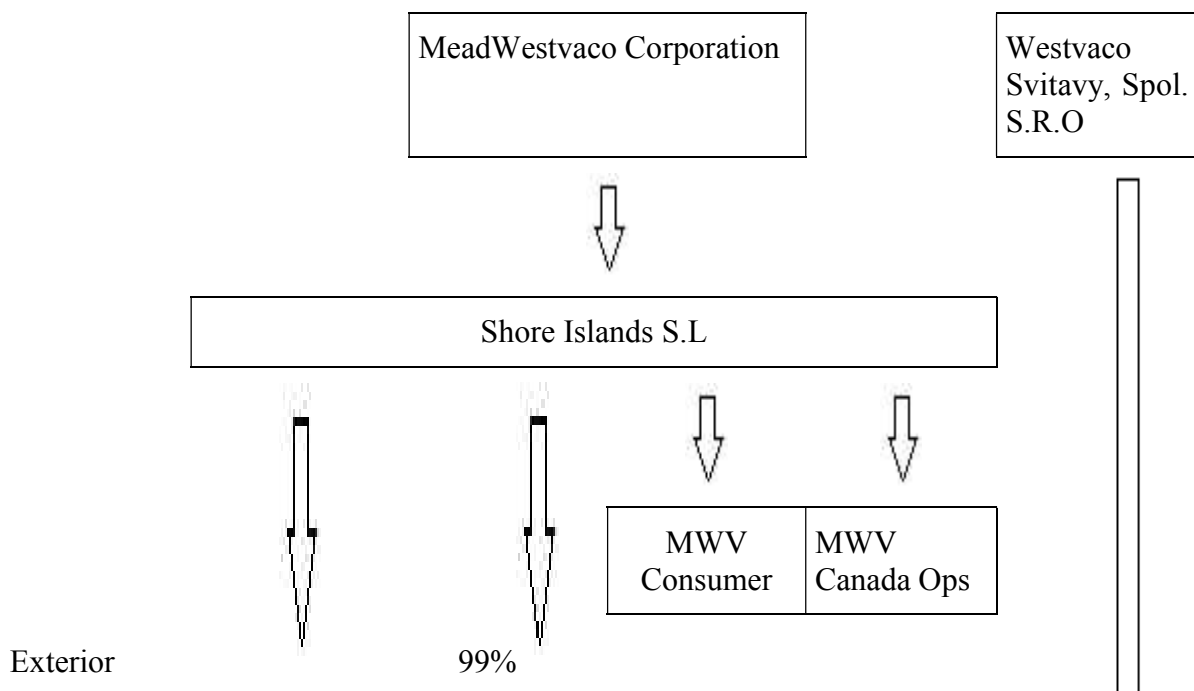
Em 28 de janeiro de 2002, os acionistas das duas principais empresas dos grupos acima - Mead Corporation e Westvaco Corporation - resolvem concretizar, no exterior, a fusão, com consequências também para suas controladas aqui no Brasil (Mead Embalagens Ltda e Rigesa, respectivamente). A nova configuração pode ser, assim, retratada:





Pelo que informa o contribuinte, a partir deste momento teriam se iniciado os processos regionais de reunião, não se limitando ao Brasil mas abrangendo empresas dos grupos em todo o globo; aqui, e como parte da justificativa econômico-negocial apresentada pelo recorrente, é informada a intenção do grupo de transferir "a estrutura de capital que novo grupo teria nas suas sociedades localizadas no Brasil, Argentina, Chile e Venezuela" da Espanha (Shore Island) para o Canadá, visando, ainda de acordo com o autuado, "permitir o financiamento das operações e fábricas canadenses com o fluxo de dividendos provenientes das sociedades latino-americanas". Atestou, mais, estruturação permitiria concentrar o controle societário no Canadá.

Tendo em conta o acima exposto, em 27/11/2002 a MeadWestvaco adquiriu a empresa espanhola Shore Island a preço de mercado (segundo o recorrente, a compra, obrigatoriamente, teria que ser efetivada a preço justo por imposição da legislação canadense - arts. 16 e 17 da Nova Scotia Company Act), pagando parte da operação em dinheiro e parte em ações (dentre elas, da empresa MeadWestvaco do Brasil):



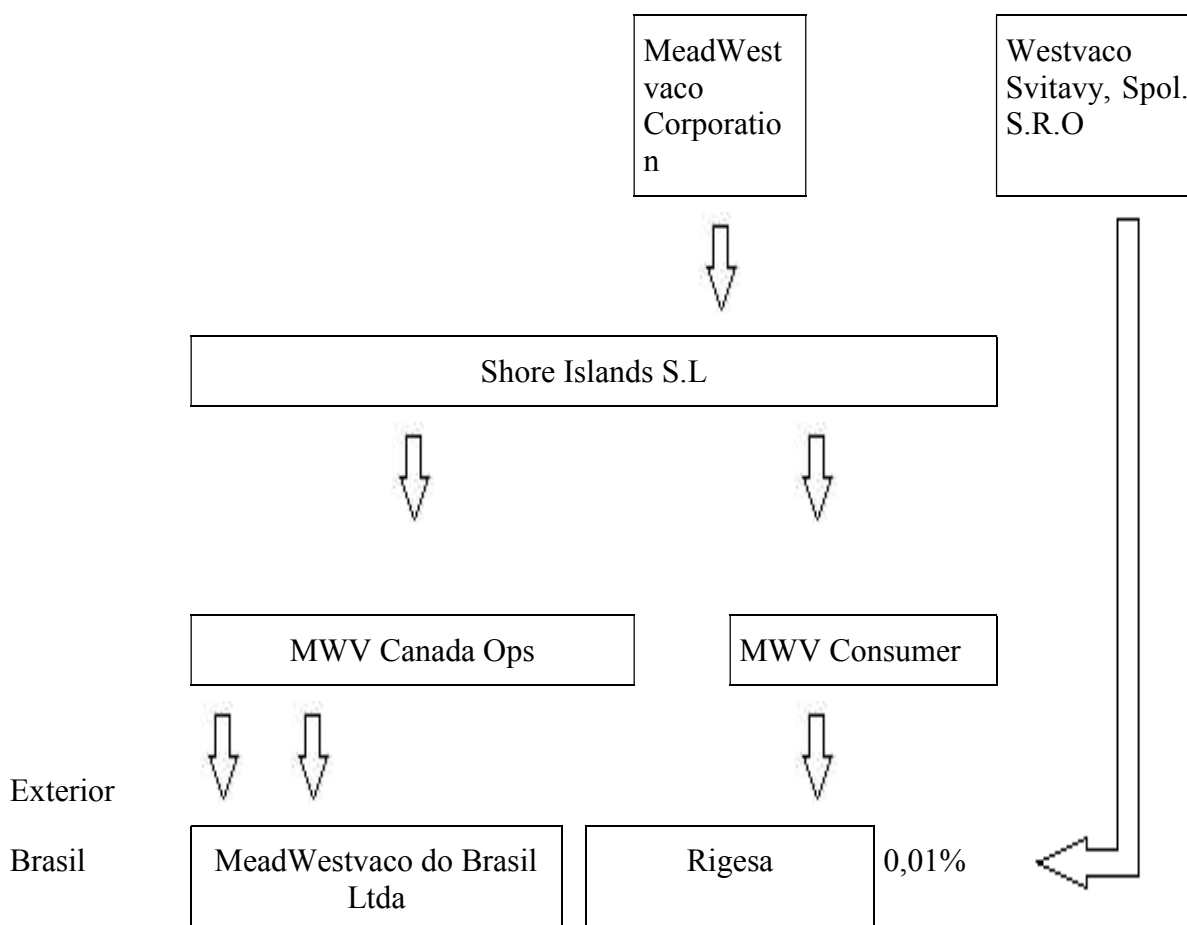
| | | | |
|--------|-----------------------------|--------|-------|
| Brasil | MeadWestvaco do Brasil Ltda | Rigesa | 0,01% |
|--------|-----------------------------|--------|-------|

Dando seguimento à reestruturação societária, através de duas operações sucessivas, as controladoras internacionais transferiram as MeadWestvaco do Brasil Ltda. e a Recorrente para as empresas MWV Canada Ops e MWV Consumer, tendo a primeira adquirido 29,8% (percentual, segundo o recorrente, aproximado) da Rigesa, e a segunda 70,2%, valores, de acordo com o contribuinte, pagos em espécie. A MWV Canada, ainda, teria adquirido o valor total da participação da MeaWestvaco do Brasil, a valor de mercado de R\$1,00.

E aqui está o ágio objeto desta demanda.

Vale destacar que o laudo de avaliação da Z3M, segundo as informações prestadas pelo próprio recorrente, teria sido lavrado para confirmar os valores empregados nessa operação que "*já havia sido estimado internamente*". De se lembrar aqui que um dos fundamentos da autuação seria a falta de contemporaneidade entre a operação que gerou o ágio e a data da elaboração do laudo que daria sustento aos valores de mercado alegadamente pagos pelas empresas canadenses; demais disso, o Fisco questiona, também, a total disparidade entre o valor pago na operação e o valor efetivamente avaliado pela Z3M.

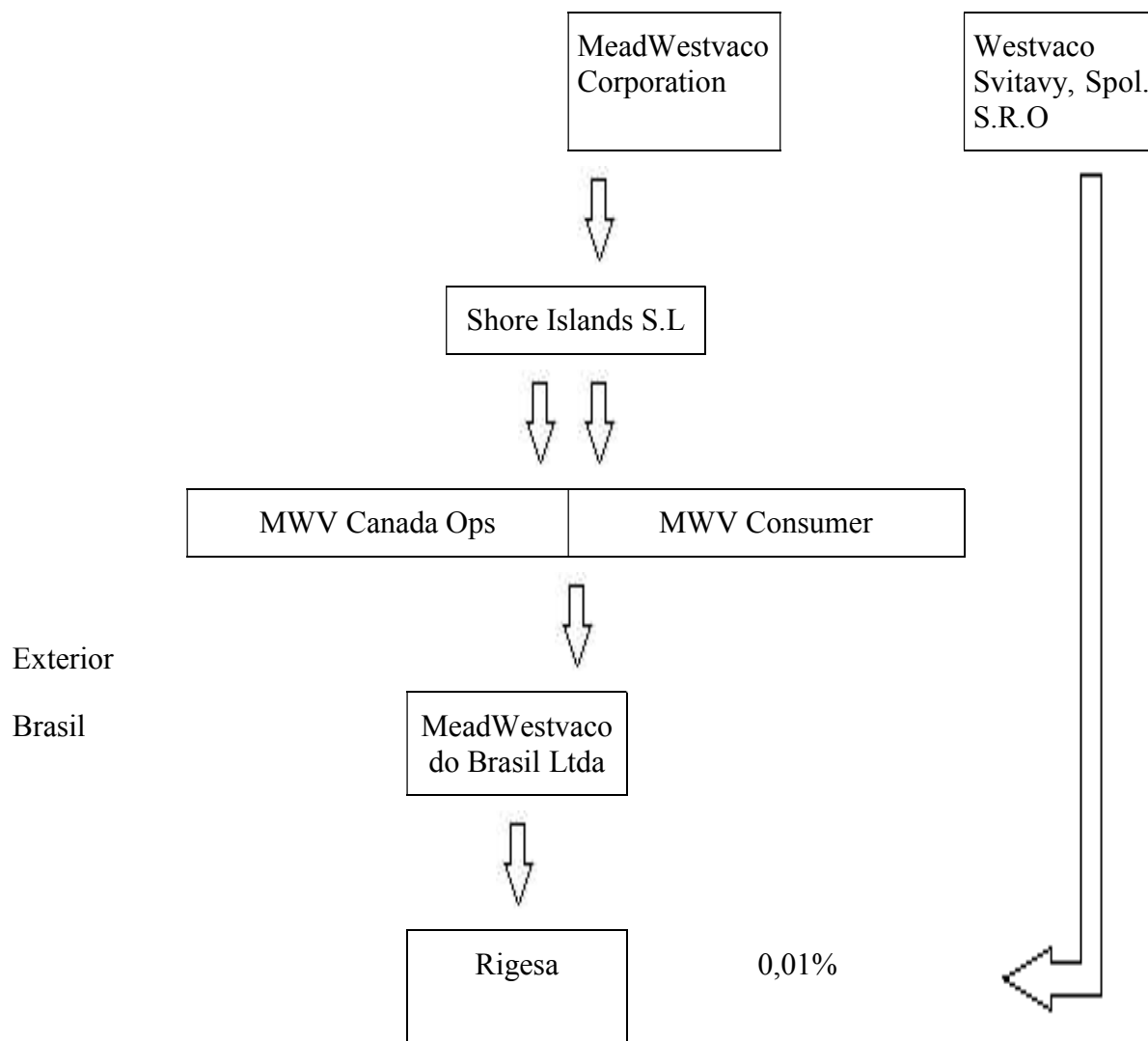
Abaixo, reproduzo o quadro gráfico que demonstra esta nova composição estrutural:



Na próxima etapa, apegando-me, aqui, ao relato contido no recurso voluntário, as sociedades canadenses resolveram aumentar o capital social da Mead do Brasil mediante conferência de ações da recorrente. *"Com isso a Mead do Brasil (...) ficou obrigada a avaliar o investimento que passou a deter na recorrente pelo método da equivalência patrimonial, desdobrando o custo de aquisição - que era o mesmo incorrido pelas sociedades canadenses quando adquiriram a participação anteriormente detida pela Shore Islands - em subcontas de (i) patrimônio líquido; e (ii) ágio"*.

O novo formato colocava a recorrente sob o controle da empresa Mead do Brasil que, inclusive, confirma o próprio recorrente, detinha um PL negativo; nada obstante, por meio do MEP, avaliou o seu investimento conforme descrito no art. 385 do RIR, apontando em sua escrita contábil, o ágio inicialmente observado pelas empresas canadenses quando da aquisição da própria Mead do Brasil e da Recorrente.

Mais uma vez, demonstro a nova configuração a partir do quadro gráfico a seguir exposto:



Por derradeiro, a recorrente, em operação de incorporação reversa, e a valor contábil, absorve a Mead do Brasil, passando, a partir daí, a amortizar o ágio que havia sido registrado, repita-se, na sua própria aquisição pelas empresas canadenses.

Por isso, e pelos demais fatos abordados no início deste relatório, a Fiscalização considerou fictício o ágio amortizado, glosando as respectivas despesas ao fim.

O contribuinte, diga-se, ofereceu a sua impugnação, à qual a DRJ/RPO negou provimento.

Intimado do resultado do julgamento em 06 de dezembro de 2014 (fls. 10.376), o contribuinte interpôs o seu recurso voluntário em 05 de janeiro de 2015 (solicitação de juntada verificada à fl. 10.377), sustentando, como preliminares:

a) a nulidade da decisão proferida pelo órgão colegiado de primeira instância porquanto realizado o julgamento sem observância do quorum mínimo exigido pela Portaria MF 341/11 (maioria dos membros da Turma Ordinária);

b) a "*preclusão*" (decadência) do direito do fisco de questionar o ágio formado em operação perpassada em 2002, tendo em conta do decurso do prazo de 5 anos entre a data das operações e o início da ação fiscal ora polemizada.

c) a nulidade da autuação por erro na determinação da base de cálculo dos tributos pretensamente incorrido pela fiscalização ao desconsiderar DCTF retificadora apresentada após o início da ação fiscal (que, pelo que decidiu a DRJ, não revelaria, mais, a espontaneidade tratada pelo art. 138 do CTN).

No mérito, após discorrer sobre o objeto da autuação e sobre os argumentos constantes da decisão recorrida, teceu suas considerações fáticas sobre as operações societárias iniciadas desde o exterior até o Brasil; a seguir, passou a discutir:

a) a existência efetiva de propósito negocial em relação à todas as operações praticadas;

b) a ocorrência de operações entre partes independentes (já que a Westvaco e a Mead não mantinham quaisquer vínculos até o advento da fusão), buscando afastar a tipificação da figura do "ágio interno" (ou ágio de sim mesmo), sustentando, sucessivamente, que, ainda que se tratasse de operações praticadas dentro de um mesmo grupo, não haveria, à época, vedação legal ao registro e aproveitamento deste ágio;

c) a não utilização, no caso, de empresa veículo, alegando que a Mead do Brasil (que teria, de fato, "transportado" o ágio até a recorrente), existia há mais de 10 anos e era operacional; mais que isso, cita diversas decisões que entende dar suporte à tese de que, mesmo que se pudesse identificar o uso de uma empresa veículo, semelhante conduta não invalidaria o ágio amortizado;

d) a validade do laudo da Z3M, tendo conta a observância estrita deste às regras pertinentes e que a DRJ, ao reconhecer este fato, teria sustentado que o método utilizado deveria ter considerado também outros critérios econômicos fixados no art. 20 do Decreto-lei 1.598/77, alterando-se, assim, os fundamentos da própria autuação; e, nada obstante, busca demonstrar o equívoco do entendimento adotado pelo órgão colegiado de primeira instância;

e) a necessidade de restabelecimento de créditos por ele havidos; como a fiscalização efetivou a compensação de ofício de créditos detidos pela empresa, sustentou que,

acolhidas as suas razões, tal medida não poderia ser mantida, pedindo o cancelamento das compensações de ofício realizadas;

f) a inaplicabilidade da multa qualificada, por entender inexistirem nos autos provas da prática de autos fraudulentos, dolosos ou simulados;

g) o cancelamento da multa isolada, invocando, na hipótese, a teoria da consunção (absorção da penalidade menos gravosa por aquela de maior onerosidade), sustentando, outrossim, a impossibilidade de cominação desta penalidade conjuntamente com a multa de ofício;

h) ao fim, a ilegalidade da aplicação dos juros SELIC incidentes sobre a multa de ofício.

A PGFN apresentou as suas contrarrazões buscando demonstrar a imprestabilidade das preliminares invocadas pelo recorrente para, então, sustentar a ilegalidade do ágio amortizado pelo recorrente, mormente, por se tratar de ágio criado em operações realizadas intragrupos, transcrevendo decisões deste Conselho que dariam suporte à sua tese. Ao fim, defendeu a legalidade das multas aplicadas e a validade da incidência da SELIC sobre a multa de ofício.

Os autos, então, foram encaminhados à esta turma para análise e julgamento.

Este, o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Gustavo Guimarães da Fonseca - Relator

O recurso é tempestivo e preenche os pressupostos de cabimento, pelo que, dele conheço,

I Das preliminares.

I.1 Do problema do *quorum* da DRJ para instalação e julgamento da impugnação.

Quando da sessão de julgamento realizado no último dia 19, do mês de outubro, sustentei a necessidade de conversão do julgamento em diligência a fim de que fosse identificada composição da 13ª Turma da DRJ de Ribeirão Preto.

Meu entendimento, diga-se, restou calcado na interpretação do, em especial, do art. 13 da Portaria 341/11 que, a despeito da posição assumida por este colegiado, seria, sim, o preceito que trata do *quorum* mínimo tanto para instalação (maioria dos membros), quanto para deliberação (maioria dos **presentes**).

O § 6º do art. 4º da aludida portaria trata, apenas, da nomeação *a doc* de um julgador e, não obstante fazer referência ao atendimento a "um" *quorum* mínimo, não é o

preceito que trata "do" *quorum* de instalação; este preceptivo não pode ser interpretado sem se considerar as regras insertas no art. 13, já citado anteriormente.

A despeito disso, o fato que não disponho de informações suficientes para afirmar se a regra que, *venia concessa*, entendo, se aplica à espécie, e, lado outro, como o próprio contribuinte não trouxe aos autos provas de que a citada turma possuía composição extraordinária de 7 membros, não tenho como acolher a tese do recorrente.

Em princípio, e até que se prove o contrário, a composição ordinária prevaleceria sobre a "presunção" de uma composição extraordinária de sorte que, sobre este prisma, o *quorum* mínimo previsto no por vezes citado art. 13, teria sido atendido.

A minguada de provas adicionais, e como fiquei vencido quanto a proposta de conversão em diligência deste julgado, não tenho alternativas senão votar por afastar a preliminar ora aventada.

I.2 Decadência (preclusão, nos dizeres do recorrente) quanto o direito de se questionar o ágio formado em 2002.

Esta alegação não é nova, em especial em autuações relativas à amortização de ágio e cujas operações, usualmente, são praticadas há mais tempo (considerando, inclusive, o prazo de 5 anos para que se promova a predita amortização).

O fato, contudo, é que a decadência a que alude o art. 150, §4º, do CTN (e também a contemplada pelo art. 173, I) refere-se ao direito de lançar o tributo **uma vez verificada a ocorrência de seu fato gerador**. Isto é, o quinquênio tratado nestes preceitos tem o seu termo *a quo* a partir da constituição (na sua acepção técnica) da obrigação tributária que, na hipótese em testilha, se dá a partir da concretização do fato signo presuntivo descrito na norma de incidência do IRPJ e, também, da CSLL, qual seja, a disponibilidade de renda e a apuração do lucro líquido... a decadência, pois, não abarca os fatos pretéritos que contribuam para a formação do fato imponible; a extinção a que alude o art. 156, V, do CTN é do direito de lançar o tributo e não do direito de examinar as premissas que detenham repercussão na formação da obrigação.

Neste sentido, a jurisprudência deste Conselho é praticamente uníssona, como se extrai das ementas abaixo reproduzidas:

DECADÊNCIA. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. CONTAGEM A PARTIR DA DEDUÇÃO.

É legítimo o exame de fatos ocorridos há mais de cinco anos do procedimento fiscal, para deles extrair a repercussão tributária em períodos ainda não atingidos pela caducidade. A restrição decadencial diz respeito à impossibilidade de lançamento de crédito tributário no período em que ocorreu o fato gerador (RECURSO ESPECIAL DO CONTRIBUINTE. Acórdão nº 9101-003.059, sessão de 12/09/2017).

DECADÊNCIA. CONTAGEM DO PRAZO. REORGANIZAÇÃO SOCIETÁRIA. AFASTAMENTO.

O prazo decadencial só se inicia após a ocorrência do fato gerador, sendo irrelevante a data da contabilização de fatos passados que possam ter repercussão futura. Deste modo, o

prazo decadencial será pautado ou pela disposição do artigo 173, inciso I, do CTN ou do artigo 150, § 4º do mesmo diploma, porém, nunca pelo momento da reorganização societária, que não representa reflexo fiscal algum, num primeiro momento (RECURSO VOLUNTARIO. Acórdão nº 1402-002.489, sessão de 16/05/2017)

DECADÊNCIA. FORMAÇÃO DE ÁGIO EM PERÍODOS ANTERIORES AO DA OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR. INOCORRÊNCIA.

Somente pode se falar em contagem do prazo decadencial após a data de ocorrência dos fatos geradores, não importando a data contabilização de fatos passados que possam ter repercussão futura.

O art. 113, § 1º, do CTN aduz que “A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador” e o papel de Fisco de efetuar o lançamento, nos termos do art. 142 do Estatuto Processual, nada mais é do que o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente.

Não é papel do Fisco auditar as demonstrações contábeis dos contribuintes a fim de averiguar sua correição à luz dos princípios e normas que norteiam as ciências contábeis. A preocupação do Fisco deve ser sempre o reflexo tributário de determinados fatos, os quais, em inúmeras ocasiões, advêm dos registros contábeis.

Ressalte-se o § 4º do art. 9º do Decreto nº 70.235, de 1972, prevê que seja efetuado o lançamento “também nas hipóteses em que, constatada infração à legislação tributária, dela não resulte exigência de crédito tributário.

O prazo decadencial somente tem início após a ocorrência do fato gerador (art. 150, § 4º, do CTN), ou após o primeiro dia do exercício seguinte ao que o lançamento poderia ter sido efetuado nas hipóteses do art. 173, I, do CTN (RECURSO VOLUNTARIO, acórdão nº 1301-002.562, sessão de 15/08/2017).

Diante disso, voto por afastar a preliminar suscitada.

2011. I.3 Do alegado erro quanto a determinação da base de cálculo do ano de

Sustenta a recorrente haver nulidade do auto de infração decorrente da desconsideração das informações prestadas mediante retificação de DIPJ, realizada após o início da ação fiscal, em que teriam sido realizados ajustes em função da inclusão de débitos do contribuinte em programas de parcelamento, ajustes estes que incorreram, na dicção do insurgente, na diminuição da base tributável.

Duas questões devem ser consideradas aqui:

a) a perda da *espontaneidade* induz, apenas, o afastamento dos efeitos do art. 138, mormente quanto à aplicação de eventuais multas (de ofício e de mora);

b) nada obstante a possibilidade de se considerar as informações retificadoras, mesmo após o início da ação fiscal, **fato é que, uma vez desacompanhada dos documentos que comprovam a idoneidade ou veracidade dos dados modificados, não há como considerar a nova declaração.**

A DRJ, com o devido respeito, despende argumentos, a meu sentir, inócuos quanto ao problema da espontaneidade ou não da declaração retificadora... isto porque o contribuinte simplesmente não cuidou de demonstrar e trazer aos autos as provas que tornariam aceitáveis as informações retificadas, deixando de trazer ao feito subsídios para que este julgador pudesse, quando menos, analisar a correção dos novos dados.

Transcrevo, aqui, trecho de voto invocado pelo próprio recorrente, que a seu ver daria subsídio a sua alegação:

A despeito do contribuinte ter apenas retificado a DIPJ de 2003, ano calendário de 2002, após o início de procedimento de fiscalização, tal fato, acompanhado das provas do faturamento e das retenções que resultaram em saldo negativo, somente vem ao encontro do princípio da verdade material (grifos nossos - pag. 7 do recurso voluntário).

Insisto, não encontro óbices para considerar as informações prestadas mediante declaração retificadora após o início da ação fiscal; mas não tenho como verificar a correção das ditas informações se o próprio contribuinte não traz ao processo provas e documentos que demonstrem que tais dados são verdadeiros (como, aliás, assim se posicionou o relator do precedente invocado pelo próprio recorrente).

Se é fato que o processo administrativo admite uma flexibilização no procedimento de instrução, e, portanto, se pauta pelo princípio da verdade material, não se pode olvidar que determinadas amarras não podem ser sobrepujadas; o primado da verdade material pode nortear o julgador de sorte a garantir que ele aprecie provas não contempladas pela instância interior, *mas que tenham sido produzidas no momento oportuno*, e, na espécie, tais provas não foram, reprise-se, produzidas.

E, lembrem-se, a DIPJ não tem efeitos constitutivos de sorte que os fatos, dados e débitos ali descritos são meramente informativos.

Voto, pois, por afastar também esta preliminar.

II Do mérito.

Como já me pronunciei em outras oportunidades (inclusive por ocasião do julgamento do PA de nº 15563.720356/2013-98 cujo acórdão ainda não foi publicado) sempre me pauto pela premissa de que o direito tributário, enquanto ciência que revolve a relação jurídica instaurada entre Administração Pública e administrado, sussume-se aos mesmos princípios constitucionais aplicáveis ao direito administrativo.

Neste particular, assim como na ciência administrativa, também o direito tributário se calca nos princípios (ou superprincípios) que norteiam o Estado Democrático de

Direito e dos quais decorrem todos os demais princípios e garantias contidas em nossa *Lex Magna*, quais sejam, a segurança jurídica e a igualdade.

Destes exsurge, como consequência lógica o princípio da legalidade que, para Administração e Administrados, assume feições quase que opostas: se, quanto a Administração, a lei é o norte para a prática dos atos que lhe competem (e que, portanto, somente podem ser praticados mediante prévia autorização legislativa - *rule of law, not of men*), ao administrado é franqueado fazer tudo o que a lei não lhe proíbe (art. 5, II, da CF88).

Sob a ótica da Administração Pública, discorrendo, justamente, sobre este princípio, **Celso Antônio Bandeira de Mello**, com muita propriedade (e um pouco de acidez, que lhe é peculiar, diga-se) pontifica:

*Assim, o princípio da legalidade é o da completa submissão da Administração às leis. Esta deve tão-somente obedecê-las, cumpri-las, pô-las em prática. Daí que atividade de todos os seus agentes, desde o que lhe ocupa a cúspide, isto é, o Presidente da República, até o mais modesto dos serviços, só pode ser a de dóceis, reverentes, obsequiosos cumpridores das disposições gerais fixadas pelo Poder Legislativo, pois esta é a posição que lhes compete no Direito Tributário (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 25ª ed., São Paulo: Malheiros, 2008, p. 101).*

Citando Michel Stassinopoulos, o autor acima conclui a essência deste primado, assentando que a Administração Pública "*além de não poder atuar contra legem ou praeter legem*" (...) "*só pode agir secundum legem*" (op. loc. cit).

Já, sob o prisma do cidadão, calha invocar o escólio de **Roque Antônio Carraza**, que, de sua sorte, resume o significado máximo da legalidade inserta no art. 5º, II, da CF88 a partir da "Declaração de Direitos de 17989:

*A liberdade consiste no poder de fazer tudo o que não ofende outrem; assim o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem outros limites além daqueles que assegurem aos outros membros da sociedade destes mesmos direitos. Estes limites não podem ser estabelecidos senão pela lei (IN CARRAZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 25ª ed., São Paulo: Malheiros, 2009, p. 253*

Daí as minhas várias ressalvas à interpretação extensiva ou ao uso de métodos integrativos para vedar ao contribuinte o gozo de benefícios ou o uso de instrumentos, legalmente previstos e dotados de eficácia, quando praticados de forma concreta (e não fictícia), para, dentro de uma estrutura maior, obter vantagens de ordem tributária. Venho, destarte, sempre sustentando a observância à legalidade estrita e, principalmente, na seara tributária, á tipicidade cerrada.

Sei, neste particular, de vozes muito mais preparadas que a deste relator que se insurgem contra a tipicidade cerrada (e as respeito e, não mintto, as estudo).

Não desconheço, também, as teorias modernas e aplicação da teoria dos sistemas abertos de Lhumann e defesa da interrelação do direito com o meio em que se insere (teoria essencial à evolução desta ciência a partir de seus próprios elementos e pelas

"irritações" externas a fim de que, por meio da chamada "autopoiese", possa se adequar à dinâmica da realidade social). E no arcabouço jurídico tributário, a interdisciplinariedade vem se mostrando essencial a fim de permitir que este mesmo arcabouço possa tratar de questões que evoluem em velocidades que suplantam a própria criação legislativa (*ex vi* a tributação de softwares, tanto na esfera Federal como Estadual, e as consequências oriundas da evolução tecnológica dos meios de comunicação).

Mas, insisto, é preciso lembrar que o direito tributário advem do próprio direito administrativo e, dadas as consequências patrimoniais da concretização do fato jurídico tributário, não posso concordar, e não conformo, com a relativização do princípio da legalidade (ainda que embasada no princípio da isonomia como, por vezes sustenta, o Estado). Até porque, os sistema jurídico tributário foi, de fato, construído para proteger o contribuinte da *longa manus* do Estado, numa clara reação aos desmandos incorridos nos períodos em que vivemos num Estado Totalitário.

Voltando-nos à interpretação do direito, não só a Constituição dedica todo um capítulo às "Limitações ao Poder de Tributar", como a própria Lei Complementar Tributária, *ex ratione materiae*, o CTN, discorre ao longo de todo o seu corpo sobre garantias voltadas ao contribuinte contra, justamente, a pretensão de se subverter o princípio contido no art. 5º, II, da *Lex Magna*, como, v.g., se observa das regras encartadas nos arts. 3º (tributo enquanto obrigação decorrente de lei), 97 (tipicidade cerrada), 105 (irretroatividade), 106 (retroatividade benigna da lei), 108, §1º (limitações ao emprego da analogia e a necessidade de observância aos preceitos do já citado art. 97), 110 (impossibilidade de se alterar institutos e conceitos de direito privado a fim de se impor a obrigação principal) e 114 (que define o fato gerador a partir da situação predefinida na Lei), dentre outros.

Ainda que se permita, neste particular, a influência das demais áreas da ciência a fim de permitir a verificação da *mens legis*, tal exercício hermenêutico deverá, sempre, se atentar para os primados da legalidade: sob o vértice da Administração Pública e, também, sob o prisma do cidadão.

II.1 O art. 116 e o caso concreto.

A meu sentir o parágrafo único do art. 116 do CTN, introduzido pela Lei Complementar 104, não inovou o ordenamento e, por certo, não constitui, como sustentam alguns, "norma geral antielisiva". Trata-se, e só pode tratar, a vista do princípio maior da legalidade, de norma complementar que visa atacar, exclusivamente, a prática de atos ilícitos evasivos, e não os atos elisivos.

E, dadas as minhas convicções já expostas anteriormente, sou absolutamente avesso à adoção de critérios meta-jurídicos para a verificação da ocorrência ou não de simulação ou dissimulação; especificamente, a figura da "elusão fiscal" é, em verdade, uma ficção ilegal (*rogata maxima venia*) já que, intento negocial, operações entre partes relacionais, velocidade da prática de atos societários, são critérios que **podem** auxiliar na apuração do intento fraudulento **mas não podem ser determinantes para a aplicação da regra inserta no art. 116 supra; o determinismo, aqui, é dado pela verificação, in concreto, de uma prática ilícita (na sua essência).**

Vale lembrar que nem mesmo a legislação adjetiva considera os critérios acima para a tipificação dos fatos ilícitos "simulação" e "dissimulação"; neste particular, o Código Civil adota, muito antes, critérios objetivos (e não subjetivos) para atestar a ocorrência

de atos eivados de ineficácia (o ato é nulo e não anulável), como se extrai das preposições contidas no seu art. 167:

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

§ 1o Haverá simulação nos negócios jurídicos quando:

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

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

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

§ 2o Ressalvam-se os direitos de terceiros de boa-fé em face dos contraentes do negócio jurídico simulado.

Em especial a previsão contida no inciso I poderia indiciar o predito "*subjetivismo*"; trata-se de subjetivismo aparente; no caso, o ato ou fato praticado é fictício; é inexistente; os direitos não são transmitidos (ainda que formalmente se diga o contrário)... em linhas gerais, a partes formalmente pactuantes não percebem, efetiva e concretamente, os efeitos do negócio que, outrossim, atingem, "*sob os panos*", terceiros não aventados no instrumento negocial.

Exempli gratia, determinada pessoa formaliza com um terceiro um contrato de locação de determinado bem, sem pagar "vírgula" a este (a título de alugueres), mantendo, outrossim, um "contrato de compra e venda de gaveta" com o real proprietário do imóvel. Aqui, vejam bem, o contrato formal não traz efeitos concretos às partes avençantes, envidando consequências patrimoniais ocultas para aqueles que se encontram combinados officiosamente. **Ou seja, os negócios simulados são ineficazes não só à luz dos preceitos acima mas, objetivamente, à vista das próprias consequências concretas que deveriam encerrar** (o locador não recebe alugueres porque, ao fim e ao cabo, a locação não existe materialmente - em substância).

Cabe, aqui, trazer as críticas trazidas pela Doutrina justamente sobre os preceitos do art. 116, parágrafo único, que elucidam a necessidade premente de vincular tal comando aos limites, precisamente, da legalidade:

Para aqueles que aspiravam à ampla e inovadora consagração de uma cláusula geral anti-elisiva, a Lei Complementar 104/2001, restrita à figura clássica da simulação, foi, como na fábula de Horácio, retomada por La Fontaine, a montanha que pariu um rato (parturiunt montes, nascitur ridiculus mus).

Em nossa opinião bem andou o Congresso Nacional em formular um novo parágrafo único do art. 116 do modo que fez.

Por um lado reiterou que a lei tributária não pode extravasar os limites da tipicidade, pois a declaração de ineficácia do ato simulado nada mais é que a tributação de uma fato típico - o ato

dissimulado -, em razão do princípio da verdade material que o revela à plena luz.

*Mas, por outro lado, assegurou que, tendo restringido expressamente o âmbito da declaração de ineficácia ao mundo dos atos simulados, essa declaração de ineficácia não se estende a atos verdadeiros, ainda que de efeitos econômicos equivalentes aos dos atos típicos, fiscalmente mais onerosos e independentemente dos motivos que levaram as partes à sua realização (XAVIER, Alberto. *Tipicidade da Tributação, Simulação e Norma Anti-Elisiva*, São Paulo, Dialética, 2001, p. 156/157).*

Vale reprimir o que foi dito no relatório; o ponto central da reestruturação pactuada não foi, propriamente, a incorporação reversa realizada pela recorrente (em que adquiriu, a valor contábil, a participação da empresa Meadwestvaco do Brasil Ltda e, ao final, permitiu o aproveitamento do ágio observado na operação); o ato determinante, neste caso, foi a aquisição, pelas empresas MWV Canada e MWV Consumer, da Mead do Brasil e da Rigesa.

Foi esta operação que, com o aumento do capital da Mead do Brasil e a respectiva integralização do seu capital com quotas da recorrente, gerou o ágio ora polemizado e, lado outro, permitiu o aproveitamento das despesas respectivas, objeto desta demanda.

Não por outra razão, tanto a Fiscalização como a DRJ concentraram parte de seus esforços na crítica ao laudo lavrado pela empresa Z3M, utilizado como substrato documental para justificar a avaliação, a valor de mercado, da recorrente quando da integralização do capital aumentado da Mead. Neste particular, vejam bem, não houve críticas quanto ao laudo lavrado pela Ernst & Young em que se promoveu a avaliação da própria Mead para os fins do ato final de incorporação pela recorrente.

Afora, neste passo, a questão afeita ao laudo supra, tais atos foram formalmente praticados, gerando efeitos concretos para todas as partes envolvidas; não há, objetivamente, a interposição de terceiros ou a ocultação destes de sorte que todas as operações praticadas revolveram consequências apenas para as empresas expressamente à elas vinculadas.

Vejam que a teor do documento de fl. 10107, as empresas canadenses, efetivamente, despenderam recursos monetários (espécie) na aquisição da Mead do Brasil e da recorrente e ainda que esta etapa não tenha gerado, propriamente, o ágio foi essencial à conformação da etapa seguinte (integralização do capital da Mead e respectiva versão das cotas do contribuinte para quitação desta obrigação).

E mesmo este aumento de capital (que poderia transparecer a idéia de uma "criação de dinheiro"), tem justificativa na situação destacada pela própria fiscalização:

*Outro ponto a observar é que no dia 31/10/2002, através do balancete levantado no encerramento mensal imediatamente anterior à aquisição das quotas da **fiscalizada, a Meadwestvaco do Brasil Ltda.**, apresentava a seguinte situação patrimonial, a qual demonstra que a empresa não possuía nitidamente capacidade econômica para efetuar, com recursos próprios, a aquisição pretendida, e que, por outro lado, passava por uma*

*séria dificuldade financeira, possuindo um PASSIVO A
DESCOBERTO de R\$ 11.515.833,56 (fl. 46 do TVF).*

Este fato é afirmado pelo recorrente, diga-se, e o aumento do capital da Mead do Brasil era, verdadeiramente, essencial a fim que de se efetuasse a reunião das empresas brasileiras ou, de outro turno, a recorrente se veria compelida a absorver este passivo (o que, e meu ver, revela a inocorrência de intento evasivo).

Lado outro, entendo descabido o argumento de uso de "empresa veículo"; a Mead era empresa estabelecida a longo prazo em território nacional; mais que isso, a união entre a Mead e a Recorrente era fato essencial, próprio e consequente da reunião das empresas no exterior. Se houve, por conta desta reunião, a geração de um benefício fiscal, isto, *per se*, não é motivo para sustentar a ocorrência de eventual fraude ou simulação.

É importante destacar, aqui, que toda a estrutura idealizada é resultado da reunião das empresas estrangeiras e a etapa acima destacada foi concretizada quando tal reunião/fusão já havia sido contratada. Ou seja, o ágio objeto desta surgiu, efetivamente, intragrupo. Nada obstante, e a despeito dos protestos da Fiscalização e da DRJ, entendo que inexistia vedação legal ao aproveitamento do ágio surgido em operações realizadas entre partes relacionadas. Não por outra razão o gozo dos benefícios daí advindos foi obstado, apenas, pela Lei 12.973/14, essa sim, norma antielisiva (se foi necessária a edição de norma específica para afastar a dedução da amortização do respectivo ágio é que, até então, o ordenamento vigente **não a vedava - legalidade estrita preconizada pelo art. 5º, II, da CF88 segundo a qual é franqueado fazer tudo o que a lei não proíbe**).

O fato dos negócios terem sido pactuados, registrados e publicizados num curto espaço de tempo em nada contribui para a verificação de qualquer tipo de simulação, mormente quando, como já dito, tais operações geraram, e ainda geram, efeitos concretos para as partes contratantes.

Por fim, se opção adotada pelas empresas gerou uma economia tributária, vale a insistência, tal consequência é indissociável das demais consequências patrimoniais também observadas; o planejamento tributário, reprise-se, é franqueado e autorizado por lei, desde que praticado através de atos concretos (sem a interposição de negócios fictícios - evasão, na acepção mais estrita da palavra). A escolha da estrutura operacional de determinada reorganização societária é direito e garantia constitucional do contribuinte e, sobre ela, não cabe ao fisco opinar para dizer que este ou aquele passo é mais ou menos complexo, pena de malferir o já citado princípio da legalidade e, mais, a própria garantia da livre iniciativa (art. 170 da CF88).

Em que pese a posição adotada por este Relator, a maioria da Turma Julgadora acompanhou apenas pela conclusões, uma vez que entende que, além das razões vinculadas aos laudos, há sim motivos outros que também fundamentam a manutenção da autuação em seu mérito.

Entende a maioria que estamos diante de uma simulação, especificamente quanto à aquisição de 99,99% da Rigesa Celulose, pela Meadwestvaco do Brasil, com ágio, e posterior incorporação da investidora pela investida (incorporação às avessas), adquirindo, assim, a Rigesa, o pseudo direito a amortizar o ágio em 60 parcelas mensais.

Além disso, trata-se de operações societárias desenvolvidas dentro de um mesmo grupo econômico (ágio interno), sem nenhuma movimentação financeira e sem a autonomia inerente ao livre mercado e com a utilização de empresa veículo. Constitui operação condenada pela contabilidade, como destacou a fiscalização e como descreve o item 120 da Resolução nº 1.110/07, que, embora revogada pela resolução CF 1292/2010, vinculava à época a confecção dos demonstrativos das empresas:

120 O reconhecimento de ágio decorrente de rentabilidade futura gerado internamente (goodwill interno) é vedado pelas normas nacionais e internacionais. Assim, qualquer ágio dessa natureza anteriormente registrado precisa ser baixado.

Da mesma forma o ágio interno é condenado pelo Ofício Circular CVM/SNC/SEP nº 1/2007, cujo teor transcrevo abaixo:

20.1.7 “Ágio” gerado em operações internas

A CVM tem observado que determinadas operações de reestruturação societária de grupos econômicos (incorporação de empresas ou incorporação de ações) resultam na geração artificial de “ágio”.

Uma das formas que essas operações vêm sendo realizadas, inicia-se com a avaliação econômica dos investimentos em controladas ou coligadas e, ato contínuo, utilizar-se do resultado constante do laudo oriundo desse processo como referência para subscrever o capital numa nova empresa. Essas operações podem, ainda, serem seguidas de uma incorporação.

Outra forma observada de realizar tal operação é a incorporação de ações a valor de mercado de empresa pertencente ao mesmo grupo econômico.

Em nosso entendimento, ainda que essas operações atendam integralmente os requisitos societários, do ponto de vista econômico-contábil é preciso esclarecer que o ágio surge, única e exclusivamente, quando o preço (custo) pago pela aquisição ou subscrição de um investimento a ser avaliado pelo método da equivalência patrimonial, supera o valor patrimonial desse investimento. E mais, preço ou custo de aquisição somente surge quando há o dispêndio para se obter algo de terceiros. Assim, não há, do ponto de vista econômico, geração de riqueza decorrente de transação consigo mesmo. Qualquer argumento que não se fundamente nessas assertivas econômicas configura sofisma formal e, portanto, inadmissível.

Não é concebível, econômica e contabilmente, o reconhecimento de acréscimo de riqueza em decorrência de uma transação dos acionistas com eles próprios. Ainda que, do ponto de vista formal, os atos societários tenham atendido à legislação aplicável (não se questiona aqui esse aspecto), do ponto de vista econômico, o registro de ágio, em transações como essas, somente seria concebível se realizada entre partes independentes, conhecedoras do negócio, livres de pressões ou outros interesses que não a essência da transação, condições

essas denominadas na literatura internacional como "arm's length".

Portanto, é nosso entendimento que essas transações não se revestem de substância econômica e da indispensável independência entre as partes, para que seja passível de registro, mensuração e evidenciação pela contabilidade.

E a própria CVM determina que o ágio criado nessas circunstâncias seja anulado por provisão a ser constituída no valor mínimo da diferença entre o ágio e o benefício fiscal inerente à amortização em 60 parcelas mensais, reconhecendo-se, patrimonialmente, apenas o valor deste benefício (Instrução CVM 319/349).

Constatada a circunstância em que o ágio foi criado, entende a maioria dos Conselheiros que estes motivos não podem ser afastados como ensejadores da improcedência do recurso voluntário em seu mérito, mas devem ser somados à constatação relativa à existência de dois laudos com datas diversas e outros defeitos já apontados por este relator.

II.2 Do laudo da Z3M

Se, por um lado, a questão afeita à estruturação societária proposta não fere, na opinião deste julgador, o ordenamento pátrio, o questionamento quanto ao laudo lavrado para justificar o ágio objeto deste processo merece uma análise mais detida.

Neste passo, destaca-se, a fiscalização (e a própria DRJ) aventam pelos menos 4 fatos distintos para impugnar o referido trabalho da Z3M, a saber:

- a) extemporaneidade do laudo (lavrado 11 dias após a operação que deu azo ao ágio);
- b) discordância quanto a adoção do fluxo de caixa descontado como método de avaliação do investimento;
- c) período projetado para se determinar o valor do investimento (por período superior à 10 anos);
- d) taxa de desconto, medida, dentre outros fatores, pelo fator de risco (rb), fixado em 6,4%;
- e) subavaliação de ativos (tangíveis e intangíveis).

Aqui, vale dizer, até entendo que os questionamentos constantes do item "b" e "e" seriam ilegítimos, já que, quanto ao problema do método utilizado, o art. 20, § 2º, do Decreto-Lei 1.598/77, previa, expressamente, a faculdade de se utilizar um "dentre" os fundamentos ali descritos; as hipóteses contidas nas alíneas do predito § 2º **são alternativas** e não cumulativas. No que tange ao problema dos ativos (tangíveis e intangíveis), os respectivos valores são considerados no método de "fluxo de caixa descontado", sendo desnecessária a sua avaliação apartada.

Quanto a taxa de desconto, destaca-se, não há demonstração matemática a comprovar a fixação de um de seus fatores (o "rb" ou risco Brasil), lembrando que ele é utilizado como uma das variáveis da fórmula apontada no laudo para definir a predita taxa.

Aliás, a sua fixação, diga-se, parece-me dotada de excessiva subjetividade, como se extrai do seguinte trecho do laudo, extraído de fls. 7.538:

O risco Brasil foi apurado com base no diferencial da taxa de colocação de títulos governamentais brasileiros em relação aos seus equivalentes norte-americanos (risco zero), desde 1996 até hoje. Foi considerada como taxa representativa do Risco Brasil aquela que já ocorreu em tempos em que não havia a situação de transição hoje existente no mercado, no valor de 6,4%.

Vale destacar, neste ponto, que não há referências no estudo que possam permitir, em qualquer momento, a veracidade das variáveis consideradas; diz-se (por dizer) que, em linhas gerais, a taxa de colocação de títulos governamentais do Brasil seria de 6,4% e que a mesma taxa norte-americana seria 0,0%; mas não há descrição de fontes; não existem referências de qualquer sorte que nos permita afirmar que tal percentual (6,4%) não tenha decorrido de um "chute" ou, quiçá, de um número convenientemente eleito para se alcançar um resultado já predefinido (antes mesmo da conclusão dos levantamentos).

Apenas para exemplificar, no ano de 2002 (dezembro), o dito "Risco Brasil" alçou a monta de 1.606 pontos (16,06%), conforme dados extraídos da página do "ipea" na internet (<http://www.ipeadata.gov.br/ExibeSerie.aspx?serid=40940&module=M>). Com base nesta mesma fonte, observa-se que nos anos de 1996 e 1997, tais índices não superaram os 1.000 pontos percentuais e partir de 1998 eles de fato explodiram (em razão das duas crises susbequentes - crise da Rússia e Eleições de 2002). Para se alcançar, pois, o percentual de 6,4%, utilizou-se de uma média aritmética? Média ponderada? Qual, de fato, o critério que foi utilizado?

O mesmo se pode dizer do período projetado... porque dez anos; qual fato, fator ou índice revela que a projeção para 10 anos seria a que melhor permitiria "uma avaliação consistente da **EMPRESA**", lembrando que o prazo fiscal para amortização de eventual ágio é de apenas 60 meses?

O recorrente, aqui, sustenta que se trataria, inclusive, de uma estimativa conservadora que reduziria o montante de parcelas amortizáveis mensalmente; sim, de fato, mas também importa no aumento do valor do ágio amortizável...

Não ha vedações, frise-se, para que se fixe o "horizonte de projeção" em dez anos, mas o *minus* que se espera é que se decline dados objetivos para que se considere o período eleito como, efetivamente, o mais apto à permitir uma correta avaliação do investimento... Daí o questionamento efetuado pela Fiscalização à fls. 8.913:

Nesse sentido, analisando-se as 79 folhas que compõem o Relatório de Avaliação, não se encontra nenhuma Demonstração de Resultado fechada contendo lucros gerados em um período razoável de tempo passado, digamos, no mínimo de 10 (dez) anos também, de 1992 a 2002. Um estudo econômico que se proponha sério, não tem nenhuma validade se as premissas que são invocadas através dele não são minimamente documentadas por fatos reais.

O contribuinte sustenta a falta coerência, neste ponto, das alegações fiscais, já que ela questiona, em outro ponto, a impossibilidade de uso de parâmetros relativos à períodos

posteriores; mas a fiscalização apenas critica a falta de "motivação", propriamente, do trabalho para se alcançar o período de 10 anos.

Todavia, a discordância quanto a parte das premissas adotadas pelo laudo, sem a demonstração efetiva de quais deveriam ser os critérios corretos, não se revela, por si só, suficiente à desconsideração do laudo; neste ponto, a Fiscalização se limita a afirmar que a empresa deveria adotar a projeção de "lucros futuros" e não do "fluxo de caixa" o que, pelo que expus anteriormente, não encontra amparo na legislação então vigente (art. 20, § 2º, do DL 1.598).

O que se pode, ainda assim, inferir do predito laudo, é que, em relação a estes dois critérios, falta uma objetividade que, em casos tais, permitiria uma manipulação dos resultados a fim de atingir um valor final que seja compatível com aquele pré-fixado pelas empresas quando do advento da operação de aquisição da Rigesa; isto, insista-se, não é determinante para a desconsideração do laudo, por se tratar de mera prova indiciária, mas, por certo, lança sombras sobre a *integridade* do trabalho...

E, destaca-se, há ainda um último problema que somado às críticas acima, torna mais agudas as suspeitas lançadas pela fiscalização.

II.2.1 Contemporaneidade do laudo? Idoneidade?

Este argumento, vale destacar, é que me parece trazer maiores dificuldades ao deslinde da contenta.

Friso, aqui, que durante a sessão em que esta Turma havia iniciado o julgamento desta demanda, havia me inclinado pela procedência das alegações do contribuinte; os fatos que abordo, agora, balançaram, por assim dizer, as minhas convicções.

Com efeito, e fato que o laudo trazido aos autos no curso da instrução da ação fiscal apontava como data de conclusão o dia 11 de dezembro de 2002, ou seja, 11 (onze) dias após a operação realizada pelas empresas canadenses, em que as mesmas adquiriram as participações da Mead do Brasil da Recorrente, como alertado pela Fiscalização:

Assim sendo, o primeiro ponto que deve ser evidenciado quanto ao Relatório de Avaliação é que ele não poderia servir de base para o registro contábil de ágio, uma vez que a transferência de quotas com ágio entre as antigas proprietárias, MWV CANADA OPERATIONS CO. e MWV CONSUMER & OFFICE PRODUCTS CO., para a empresa Meadwestvaco do Brasil Ltda teria ocorrido em 30/11/2002, ou seja, 11 (onze) dias antes do Relatório de Avaliação ser de conhecimento das administrações das sociedades, conforme fica explícito na folha 2 do referido Relatório (fl. 80 do TVF).

Ainda que o tempo verificado entre as operações e a data efetiva da lavratura do laudo seja, na minha opinião, irrisório, não se pode olvidar que a letra da lei, no caso em análise, especialmente os preceitos do art. 20, § 3º do Decreto-Lei 1.598/77, **em sua redação original**, preconizava que o avaliação do investimento tinha que ser "*contemporânea*" ao registro do ágio:

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

É verdade que o preceito supra não exigia a elaboração de laudo específico que refletisse a avaliação, exigindo, tão só, a existência de "*demonstração*" a dar sustentação aos lançamentos contemplados nas alíneas "a" e "b" do § 2º citado dispositivo legal (valor de mercado e valor de rentabilidade futura). Mas, pela leitura eminentemente gramatical da norma, a diferença entre o custo de aquisição e o valor da mais valia teria que estar **lastreada** em demonstração que pudesse atestar a sua efetiva correção (a demonstração, pois, deveria, sob esse entendimento, preceder a operação).

Se, na hipótese, a operação ocorre antes da sua "*demonstração*", seria factível assumir que a sua avaliação não se dera com base nesta mesma demonstração, lembrando, no caso, que o contribuinte, ao abordar este argumento, se limita a dizer que o valor atribuído pelas empresas canadenses teria lastro em *análises anteriores*, sem trazer, aos autos, quaisquer documentos, fatos ou mesmo notícias que pudessem atestar, minimamente, a coerência dos montantes atribuídos ao investimento.

O grande problema (cerne, a meu ver, do problema afeito ao laudo) é que, além de afirmar a existência de "*análises anteriores*" (alegação genérica e desacompanhada de provas) a recorrente sustenta que o laudo, em verdade, teria sido lavrado em 04 de novembro de 2011 (doc. 17 da impugnação - fls. 10.029); este documento, frise-se, **não é o mesmo apresentado à fiscalização em resposta ao termo de intimação de nº00713/09/001** (fls. 7.351); o relatório de avaliação originariamente entregue pelo contribuinte, constante de fl. 7.519, consigna, como data de conclusão, tal com já exposto, o dia **11 de dezembro de 2002**.

Qual documento é o verdadeiro? Qual a razão da existência destes dois laudos? A vista de tal inconsistência se poderia, seriamente, considerar a imparcialidade, e, quiçá, a credibilidade deste laudo para dar sustento ao valor atribuído ao investimento cuja aquisição, ao fim, culminou com o ágio descrito neste processo?

Esta questão, vejam bem, transcende apenas o problema da data do laudo; seria defensável, diga-se, aceitá-lo no caso em espécie, mesmo passados os 11 dias data da operação, até sob um prisma de razoabilidade (na acepção técnico-principiológica desta expressão), já que as informações que lastrearam o laudo são contemporâneas às operações ora tratadas, tenha o laudo sido concluído 26 dias antes do evento, ou onze dias após a sua concretização. Aliás, ao franquear a exibição do laudo de avaliação em até 13 úteis dias contados da data do evento, a Lei 12.973/14 deixou claro que "*contemporaneidade*" não impõe, necessariamente, precedência...

A apresentação de dois laudos, todavia, cada um com uma data diferente, põe a prova a própria imparcialidade da empresa de consultoria contratada e, consentaneamente, a própria idoneidade do estudo...

Lembrem-se que a fiscalização sustenta, desde o início, que o laudo fora contratado para subsidiar um valor previamente atribuído à operação, sem qualquer demonstração anterior; as demais dúvidas lançadas no TVF, inclusive, perpassam por esta suspeita notadamente quanto aos critérios de fixação do tempo de duração das projeções (de fluxo de caixa) e da taxa de retorno (desconto) utilizada (estes dois critérios, diga-se, dada a sua subjetividade, poderiam, facilmente, ser manipulados para se alcançar o resultado que bem

se quiser, como, aliás, já o disse linhas acima); e isto porque a auditoria fiscal suspeitava, e suspeita, que o laudo tenha sido "moldado" para se adequar ao valor pactuado pelas empresas (e não contrário).

Quando nos deparamos, agora, com o fato relatado acima, tais suspeitas se tornam indícios concretos já que, aparentemente, o segundo laudo apresentado, convenientemente, descreve uma data anterior ao evento (o que transpareceria a idéia de que os consultores independentes não seriam, a final, tão independentes...).

Vale destacar, como já o disse anteriormente, que este Conselho já admitiu, em decisões pretéritas, a possibilidade de fundamentar o ágio em laudo "*extemporâneo*" desde que, contudo, houvesse uma demonstração econômica qualquer que pudesse emprestar lastro aos valores adotados na operação. Neste sentido, confira-se o seguinte julgado proferido no PTA de nº16327.720667/2012-21, acórdão de nº 1102-001.018, julgado em 13/03/2014:

*ÁGIO. FUNDAMENTO. DEMONSTRAÇÃO
CONTEMPORÂNEA AOS FATOS. NECESSIDADE.*

A lei exige que o lançamento do ágio com base no valor de mercado ou na expectativa de rentabilidade futura seja baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração.

Não há a exigência de que a comprovação se dê por laudo, mas por qualquer forma de demonstração, contemporânea aos fatos, que indique por que se decidiu por pagar um sobrepreço.

Caso em que se demonstrou que o ágio foi pago com base na expectativa de resultados futuros, tanto por documentos contemporâneos ao investimento, quanto por laudo elaborado posteriormente com base em informações da época.

Isto é, caso existisse, na espécie, demonstrações anteriores, documentalmente comprovadas nos autos, cujos valores minimamente se aproximassem daqueles constantes do laudo da Z3M, a discussão acima ecoaria no vazio... mas a empresa recorrente não traz tais demonstrações, limitando-se, insista-se, a afirmar, genericamente, a existência de "*análises anteriores*".

O conjunto probatório, *venia concessa*, induz o raciocínio semelhante ao que dirigiu os trabalhos fiscais; a apresentação de dois laudos em que o segundo atenderia aos anseios do contribuinte, conflitando diretamente com as informações lançadas no primeiro, quando menos retira a credibilidade do estudo como um todo (se a data foi, aparentemente, adequada às necessidades do recorrente, o mesmo poderia ocorrer em relação ao próprio conteúdo do estudo ora tratado - algo reforçado pelo uso de critérios subjetivos para a mensuração do valor da recorrente, tais como o fator de risco-brasil e o prazo das projeções).

Verdade seja dita, a míngua de provas de que os valores atribuídos à Rigesa restaram embasados em "*demonstrações*" anteriores, inclino-me a deixar de reconhecer a prestabilidade do laudo, não porque apresentado antes ou após a operação, **mas por entender estar abalada a sua própria credibilidade, tendo em conta a apresentação de dois documentos que consideram dados distintos e o uso de critérios subjetivos, desprovidos de lastro documental.**

E, para admitir a dedutibilidade do ágio, para os fins do art. 386 do RIR, entendo, respeitadas as opiniões contrárias, que não podem haver dúvidas acerca da imparcialidade dos auditores responsáveis pela elaboração do laudo; a imparcialidade, notem, não está descrita na lei, mas é, razoavelmente, própria à credibilidade do estudo, mormente quando este considera elementos e critérios de cálculo de revelada subjetividade; e tendo em conta os fatos ora tratados, não tenho qualquer segurança em atestar tal imparcialidade.

Uma vez que lastreado em documento extemporâneo, desprovido de credibilidade em face da existência de dois laudos juntados ao processo, com datas distintas, e a míngua da juntada de provas sobre demonstrações anteriores ao evento que pudessem sustentar os dados ali apurados, considero-os inidôneos para os fins do art. 386 do RIR e, por isso mesmo, indedutíveis as despesas com amortização de ágio tratadas neste processo.

II.3 Multa qualificada.

Se é certo que, pelo que conclui ágio apurado no caso em testilha é indedutível, certo é, também, que assim o entendi porque faltou, ao caso, a observância à um requisito formal, no caso, a demonstração a que alude o art. 386, § 3º, do RIR; ainda que, pelo expus no subtópico anterior, possa-se até sustentar ter ocorrido uma tentativa de fraude **processual**, tal fraude seria posterior ao fato ora analisado e, portanto, não poderia ser sustentada como embasamento fático para a qualificação da multa.

Dito isto, e como validei as operações societárias que, apenas aos olhos do fisco, resultariam numa operação simulada, não consigo vislumbrar, aqui, a ocorrência de fraude, na acepção mais estrita dos artigos 71 e 72 da Lei .4.502 e do art. 167 do Código Civil.

O único fundamento, diga-se, para impor a qualificação da multa e, mais grave, lavrar-se "termo de representação para fins penais" seria a intenção, exclusiva, do contribuinte de observar efeitos fiscais favoráveis no Brasil. Não houve interposição de pessoas estranhas; não houve pagamentos ocultos (por baixo dos panos) às partes envolvidas; não houve, objetivamente, ocultação do fato gerador...

Aplicou-se ao caso, tão só, a teoria da "elusão fiscal" que, além das críticas que ela merece, não pressupõe, para a sua tipificação, a ocorrência de simulação, mas, apenas, a ausência de um intento adicional negocial.

Senhores, o simples fato de operações como a presente encerrar conclusões absoluta e diametralmente opostas dentre das turmas deste CARF seria suficiente para se identificar, no caso, quando muito, erro de interpretação legal e não a prática de conduta positiva dolosa e tendente à prática, inclusive, de crime contra a ordem tributária (tratado pelos artigos 1º e 2º da Lei 8.137/90). Vejam que a própria decisão da Câmara Superior se deu **por maioria de votos**, restando evidente que a "dúvida", no mínimo, denota a alegada ausência de intento doloso de ocultar o fato gerador (nos termos do art. 72 da já mencionada Lei .4.502).

Por tais razões, voto por dar provimento ao recurso a fim de afastar a qualificação da multa de ofício.

II.4 Da cominação de multa isolada concomitantemente à multa de ofício.

Quanto a este tema, também já tenho posição firme; no sentido de não se permitir a cumulação das duas penalidades.

Por mais que se sustente que seus fatos geradores sejam distintos (a multa isolada seria exigida por descumprimento da obrigação acessória "pagar as estimativas", ao passo que a multa de ofício incidiria sobre o descumprimento da obrigação principal), entendo que se o contribuinte tem contra ele o lançamento do tributo informado em DIPJ, suportando a sua exigência em razão justamente da falta de recolhimento das estimativas mensais, a imposição das duas penalidades encerraria, a toda monta, *bis in idem*

O fato tipo da imposição continua sendo o não recolhimento a tempo e modo da exação, fato que já é penalizado pela multa preconizada pelo art. 44, I, da Lei 9.430/96, que, aliás, em momento algum determina a aplicação cumulativa das duas penalidades (mesmo após o advento da Lei 11.488/2007).

Entendo, neste particular, que Súmula 105/CARF continua em vigor e aplicável mesmo após modificação do art. 44 mencionada anteriormente, mormente porque os fundamentos que deram aso à formação desta súmula ainda são invocáveis. Não por outra razão, mesmo após a edição da lei acima lembrada, há decisões deste Conselho, afastando as concomitância das penalidades:

*Ano-calendário: 2008, 2009, 2010
MULTA ISOLADA. DA DUPLICIDADE DE COBRANÇA - NÃO
CABIMENTO DE CUMULAÇÃO DA MULTA ISOLADA E DA
MULTA DE OFÍCIO*

Ponto que reclama detida análise respeita à impossibilidade de cobrança cumulativa da multa de ofício e da multa exigida isoladamente, de sorte que ainda que a Recorrente tenha recolhido valor a menor de IRPJ e CSLL por estimativa, não pode haver sobre a mesma base de cálculo, a cumulação da multa isolada com qualquer outra penalidade, como ocorreu no presente caso (3ª Câmara, 1ª Turma. Acórdão 1301-001.725 de 24/03/2015).

Assim, voto, também neste ponto, por dar provimento ao recurso.

II.5 Da incidência de juros sobre a multa de ofício.

Este colegiado e boa parte das Turmas deste Conselho vem, cada vez mais, perfilhando-se ao entendimento de que a exigência de juros sobre a multa de ofício é lícita. Neste sentido, são inúmeras as decisões, conforme se extrai das ementas abaixo reproduzidas:

*JUROS SOBRE MULTA.
As multas proporcionais aplicadas em lançamento de ofício, por descumprimento a mandamento legal que estabelece a determinação do valor de tributo administrado pela Receita Federal do Brasil a ser recolhido no prazo legal, estão inseridas na compreensão do § 3º do artigo 61 da Lei nº 9.430/1996, sendo, portanto, suscetíveis à incidência de juros de mora à taxa Selic (Acórdão: 1301-002.233
Número do Processo: 16561.720184/2013-35
Data de Publicação: 22/06/2017).*

JUROS SOBRE MULTA.
As multas proporcionais aplicadas em lançamento de ofício, por descumprimento a mandamento legal que estabelece a determinação do valor de tributo administrado pela Receita Federal do Brasil a ser recolhido no prazo legal, estão inseridas na compreensão do § 3º do artigo 61 da Lei nº 9.430/1996, sendo, portanto, suscetíveis à incidência de juros de mora à taxa Selic (Acórdão: 1301-002.278
Número do Processo: 10830.016637/2009-45
Data de Publicação: 20/06/2017).

Ainda que este entendimento desafie críticas, é fato inegável que a jurisprudência desta Corte está, realmente, sedimentada a respeito, razão pela qual não vejo como acolher os argumentos do contribuinte.

III Conclusão.

Por todo o exposto, afastadas as preliminares, voto por dar parcial provimento ao recurso voluntário a fim de afastar a exigência de multa qualificada e cancelar a exigência quanto as multas isoladas impostas.

(assinado digitalmente)

Gustavo Guimarães da Fonseca

Voto Vencedor

Conselheiro Carlos Cesar Candal Moreira Filho - Redator Designado

Contrariamente ao entendimento adotado pelo I. Relator, que apresenta suas razões com a excelência de praxe, entendo que devem ser mantidos os lançamentos da multa qualificada e das multas isoladas por falta de recolhimento de estimativas, ainda que tenham sido lançadas em concomitância com a multa de ofício.

QUALIFICAÇÃO DA MULTA DE OFÍCIO

A qualificação da multa está vinculada a constatação de sonegação, fraude e conluio, definidos nos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 1964, respectivamente:

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

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

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

Art . 72. Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato

gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do impôsto devido a evitar ou diferir o seu pagamento.

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

A fiscalização constatou a existência das três situações: sonegação, fraude e conluio, como se vê dos excertos do Relatório Fiscal:

*356- Os procedimentos ora narrados revelam, em tese, a **prática de sonegação fiscal** sob o manto de uma negociação pretensamente legal. Tais negócios guardam as seguintes características:*

*✧ Ficaram **ocultos ao fisco federal** uma vez que, se analisados individualmente e em período estanque no tempo, possuem características lícitas, mas se analisados em seu conjunto e durante o tempo em que foram implementados demonstram cabalmente a ilicitude de seus fins;*

*✧ **Estão eivados de simulação**, pois ocultam em seu cerne o real propósito das alterações societárias;*

*✧ **Foram praticadas em ajuste** de duas pessoas jurídicas com o fim específico de promover a redução do recolhimento do **Imposto de Renda da Pessoa Jurídica - IRPJ e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL;***

*✧ Conforme exposto nesse Relatório de Ação Fiscal, **anteriormente ao início da presente Ação Fiscal, órgãos** do governo e entidades gerenciadoras da atividade contábil **já apontavam as graves incorreções dos procedimentos adotados pela fiscalizada**, o que demonstra que a empresa dolosamente manteve-se praticando a infração reiteradamente apesar de ter **pleno conhecimento das conseqüências de seus atos.***

E continua a autoridade administrativa:

*359- A situação já caracterizada se subsume às hipóteses previstas nos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64. A operação planejada entre as empresas de um mesmo grupo (uma delas controlada pela outra e ambas sob o controle da mesma pessoa jurídica sediada no exterior) que “propiciou” a criação de um **ágio fictício** foi engendrada com o **evidente intuito** de “criar” exclusões fundamentadas em amortização em uma delas, diminuindo ilegalmente sua base tributável, restando comprovado a **inexistência de sentido comercial e econômico para a operação.***

*360- Há que se considerar diversos aspectos relevantes que comprovam a ilicitude das operações que almejam aproveitar o **ágio** aqui discutido. Com relação à empresa **Meadwestvaco do Brasil Ltda.** os seguintes fatos corroboram sua utilização como empresa “veículo”:*

⌘ Foi utilizada para **carrear o ágio gerado através de fictícias alterações societárias**, de forma que fosse posteriormente utilizado para redução do lucro apurado na **fiscalizada**, a qual já existia e operava plenamente nos mesmos moldes antes e depois que o planejamento fosse iniciado;

⌘ Não houve **trânsito algum de dinheiro** ou qualquer movimentação financeira intercompanhia que pudesse justificar minimamente a existência de contas de ágio na empresa fiscalizada ou em sua incorporada, **Meadwestvaco do Brasil Ltda.** Ou seja, não houve qualquer contrapartida com fundamento econômico para tanto;

⌘ A natureza única do ágio alegada no **laudo** é de **rentabilidade de exercícios futuros**. Esse laudo não é peça técnica legal para permitir à fiscalizada manufaturar contas de Ativo e Patrimônio Líquido e criar exclusões desnecessárias à consecução das atividades da empresa. A contratação de sua confecção e sua existência por si, em conjunto com os demais procedimentos societários adotados pela fiscalizada, revela a seqüência de **condutas dolosas** adotadas para o fim específico de fraudar a fiscalização federal no recolhimento do **IRPJ** e da **CSLL**.

361- Os fatos arrolados nesse Relatório evidenciam a **simulação de uma complexa operação envolvendo empresas sediadas no Brasil e no exterior**, com a finalidade única de **iludir o fisco**, cujo único resultado foi a redução ilícita do lucro da fiscalizada.

Todos os fatos e conclusões narrados guardam correspondência direta com a realidade dos acontecimentos.

Tenho que ficou clara e evidente a simulação perpetrada no conjunto dos atos que culminaram com a constituição de um falso ágio, e, também, a clara intenção da Recorrente, bem como dos demais envolvidos, em agir desta forma intencionalmente, pelo que deve ser mantida a qualificação da multa de ofício.

DA MULTA ISOLADA SOBRE ESTIMATIVAS NÃO-RECOLHIDAS

A discussão cinge-se ao lançamento concomitante da multa isolada e da multa de ofício.

É sabido que este CARF editou a súmula número 105, com o seguinte teor:

Súmula CARF nº 105 : 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.

Também é sabido que o RICARF impõe:

Art. 72. As decisões reiteradas e uniformes do CARF serão consubstanciadas em súmula de observância obrigatória pelos membros do CARF.

Contudo, é de se notar que após a edição da Medida Provisória 351, de 2007, convertida na Lei nº 11.488, de 2007, a redação do artigo 44 da Lei nº 9.430, de 1996, foi alterada, pelo que a referida súmula deixou de ser aplicada. Este entendimento tem prevalecido nos julgados do CARF e da Câmara Superior de Recursos Fiscais, como destaca o excerto do voto da I. Conselheira Adriana Gomes Rêgo no acórdão nº 9101003.307 da 1ª Turma do CSRF abaixo transcrito:

Conforme entendimento desta 1ª Turma da CSRF já manifestado em outros julgados (cite-se, por exemplo o acórdão nº 9101-002.901), a Súmula CARF nº 105 tem aplicação, apenas, em face de multas lançadas com fundamento na redação original do art. 44, § 1º, inciso IV da Lei nº 9.430/1996, ou seja, tendo por referência infrações cometidas antes da alteração promovida pela Medida Provisória nº 351/2007, publicada em 22 de janeiro de 2007, e ainda que a exigência tenha sido formalizada já com o percentual reduzido de 50%, dado que tal providência não decorre de nova fundamentação do lançamento, mas sim da retroatividade benigna prevista pelo art. 106, inciso II, alínea "c", do CTN.

A conselheira destaca que todos os acórdão condutores da súmula se referem a lançamentos ocorridos antes da edição da MP 351 de 2007, e conclui:

Destaque-se, ainda, que a penalidade agora prevista no art. 44, inciso II da Lei nº 9.430, de 1996, é exigida isoladamente e mesmo se não apurado lucro tributável ao final do ano-calendário. A conduta reprimida, portanto, é a inobservância do dever de antecipar, mora que prejudica a União durante o período verificado entre data em que a estimativa deveria ser paga e o encerramento do ano-calendário. A falta de recolhimento do tributo em si, que se perfaz a partir da ocorrência do fato gerador ao final do ano-calendário, sujeita-se a outra penalidade e a juros de mora incorridos apenas a partir de 1º de fevereiro do ano subsequente.

Diferentes, portanto, são os bens jurídicos tutelados, e limitar a penalidade àquela aplicada em razão da falta de recolhimento do ajuste anual é um incentivo ao descumprimento do dever de antecipação ao qual o sujeito passivo voluntariamente se vinculou, ao optar pelas vantagens decorrentes da apuração do lucro tributável apenas ao final do ano-calendário.

A redação do artigo é impositiva quando afirma que "serão aplicadas as seguintes multas" quando do lançamento de ofício, destacando-se o fato de estar expresso, ainda, que a multa isolada será lançada "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".

Assim, por esses motivos, considero correto o lançamento da multa isolada por falta de recolhimento de estimativas concomitantemente com a multa de ofício.

Conclusão:

Feitas essas considerações nego provimento ao Recurso Voluntário, também, no que se refere ao lançamento da multa qualificada e da multa isolada por falta de recolhimentos de estimativa de IRPJ e CSLL.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Carlos Cesar Candal Moreira Filho - Redator Designado

Declaração de Voto

Conselheiro Marcos Antônio Nepomuceno Feitosa

Com a devida vênia, mesmo diante do brilhantismo do voto do relator, divirjo do seu entendimento em relação a manutenção da glosa de despesa de ágio em virtude da apresentação de dois laudos, todavia, cada um com uma data diferente, pondo a prova a própria imparcialidade da empresa de consultoria contratada e, consentâneamente, a própria idoneidade do estudo.

Deve-se ter em mente que o sistema jurídico pressupõe uma coerência entre as normas jurídicas observadas com fundamento na norma hipotética fundamental. Para que uma norma seja considerada jurídica, e, portanto, seja incluída no ordenamento jurídico, esta deve guardar coerência com a norma que dá fundamento ao sistema. Se não houver a mencionada correspondência, nem se poderá dizer que a referida norma é jurídica.

Com efeito, a norma que outorga validade ao sistema jurídico é a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, devendo toda norma que se pretenda jurídica guardar relação de pertinência com as hipóteses descritas na mesma. Uma vez que se verifique a inobservância de quaisquer dos preceitos constitucionais, a norma de qualquer natureza deve ser imediatamente expurgada do sistema.

Assim, a norma vigente no ordenamento pressupõe tanto a obediência aos preceitos constitucionais, quanto a harmonização com as demais normas do sistema que, por sua vez, também devem obedecer às hipóteses constitucionais. Consequentemente, a obrigação tributária bem como a atividade do Fisco que a exige, devem sempre vir respaldadas pela Lei; caso contrário, o ato administrativo que objetive a cobrança do tributo será nulo.

Olhando para a legislação em vigor à época do período fiscalizado, vê-se que o artigo 20, caput, inciso II; e § 2º, alínea “b”, do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977, não apenas possibilitava, mas obrigava que as pessoas jurídicas que detivessem investimentos em controladas e coligadas, ao realizar escrituração pelo MEP, que desdobrassem o custo destas (i) no valor do patrimônio líquido existente no momento da aquisição da respectiva empresa investida e (ii) no ágio ou deságio eventualmente suportado para a aludida aquisição.

Cumulativamente, o artigo 7º da Lei 9.532/97, possibilitava o aproveitamento do ágio à fração de 1/60 ao mês, desde o momento em que o ágio escriturado pela investidora viesse a ser confrontado, em um mesmo acervo patrimonial, com os lucros advindos da empresa investida que justificaram o pagamento desse sobrepreço por expectativa de rentabilidade futura.

No presente caso, com os documentos carreados aos autos, assim como pelo exposto reconhecimento da Fazenda Nacional quanto à adequação das operações procedidas e a disposição legal, resta ao aplicador do Direito, apenas, a tarefa de subsumir os fatos à norma, sendo irrelevantes quaisquer juízos de valor relativos à intenção com a qual o contribuinte incorreu na hipótese legal.

Logo, se a lei não distingue sobre a forma pela qual se procedeu para obter-se o ágio; não distinguiu quanto ao tempo decorrido entre a constituição dos atos societários de uma empresa e sua posterior incorporação; não dispôs sobre a necessidade de independência entre as partes vinculantes; e não distinguiu as operações societárias feitas com propósito negocial, ou não, não deverá o intérprete da norma proceder a esta distinção.

Ives Gandra da Silva Martins, em Parecer constante da Revista Dialética de Direito Tributário nº 187, preleciona:

“É elementar o princípio hermenêutico de que “ubi lex non distinguit, distinguere non debemus”, axioma que vem de priscas eras, inspirado no Direito Romano, pelo qual o intérprete não pode se transformar em legislador positivo. Sempre que o intérprete distinguir, onde a lei não distingue, estará criando hipótese legislativa não constante de lei e substituiu-se ao legislador positivo, passando de exegeta a produtor de leis”.

No sobredito parecer, o renomado Professor analisa o aproveitamento do ágio da integralização do em caso deveras semelhante ao aqui julgado. Adiante, esclarece que:

“...a interpretação econômica não foi recepcionada, quando promulgado o CTN. Os artigos 107 e 112 do CTN não admitem a imposição de tributos, sob a alegação de que “não haveria escopo econômico” na operação legalmente realizada pelo contribuinte à luz do direito privado. Ao contrário, impõe que a interpretação mais benéfica em favor do contribuinte (artigo 112 do CTN) e que a analogia só pode ser usada em favor dele; nunca contra o contribuinte, para exigir tributos (artigo 108, parágrafo 1º).

É que a estrita legalidade não admite, de um lado, que uma operação legal possa ser desconsiderada por não ter o contribuinte demonstrado “escopo econômico” e, de outro, que, entre duas formas legais de atuar, ele seja obrigado a adotar aquela forma que implicar maior imposição.

(...)

A falta de “proposta negocial” não está consagrada em nenhum dispositivo da legislação tributária, não podendo ser confundida

com “simulação”, que pressupõe operação escusa, escondida e não feita “às claras”, como ocorreu no caso da consulente.”

Não obstante, sob a ótica da lógica ainda é possível infirmar a argumentação fiscal quanto à necessidade de propósito comercial nas sobreditas operações de reestruturação societária. Isto porque, a Lei do Terceiro Excluído (em latim, *principium tertii exclusi ou tertium non datur*) afirma que para qualquer proposição, ou esta proposição é verdadeira, ou sua negação é verdadeira. Desta forma, à título de exemplo, não seria possível a seguinte construção: se praticada a conduta A, então deve ser B; porém, se praticada a conduta A, psicologicamente motivada pelo propósito Z, então deve ser C. Impossível!

O Direito Tributário deve se ater, exclusivamente, aos eventos ocorridos no mundo fático, posto que jungido à tipicidade cerrada. Não há espaço para a análise subjetiva das condutas. Deve-se ater ao disposto em lei.

A análise da motivação subjetiva com a qual os contribuintes atuaram em conformidade com a lei tributária é uma afronta à segurança jurídica que as normas objetivam conferir.

A norma jurídica tributária, por exemplo, está submetida aos princípios da estrita legalidade (apenas o que estiver plenamente desenhado na lei obriga), da tipicidade fechada (impõe que o legislador preveja, na maior medida do possível, os aspectos necessários à constituição do fato gerador) e o princípio da reserva da lei (vincula a imposição tributária à reserva de lei formal, entendida como aquela elaborada com participação precípua da representação popular).

Para o debate em tela, reservo-me à análise do princípio da estrita legalidade que, em outras palavras, decorre do caráter de restrição imputados tanto à Administração quanto ao Administrado. Sobre o referido princípio Hely Lopes Meirelles (Direito Administrativo Brasileiro. 35ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 41.) expressa:

“A legalidade, como princípio de administração (CF, art. 37, caput), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.

A eficácia de toda a atividade administrativa está condicionada ao atendimento da Lei e do Direito. É o que diz o inc. I do parágrafo único do art. 2º da Lei n. 9.784/99. Com isso, fica evidente que, além da atuação conforme à lei, a legalidade significa, igualmente, a observância dos princípios administrativos.”

Como exposto, o princípio da estrita legalidade aplicado à Administração (Legalidade da administração), compreende a ideia de subordinação da Administração Pública às leis; sendo deferido à Administração, unicamente, o procedimento daquilo expressamente determinado em lei.

Estando, o ato administrativo, estritamente aprisionado aos quadrantes da lei, não cabe à Administração adentrar na motivação do particular em proceder conforme os

ditames legais. A alegação de “inexistência de propósito negocial” advém de construção jurisprudencial estrangeira que não encontra validade no nosso Ordenamento Jurídico, justamente por conflitar com uma gama de princípios, como o da estrita legalidade tributária, descrito acima, além de outros princípios como a liberdade de iniciativa e iniciativa privada, estes últimos provenientes da Ordem Econômica.

Neste sentido, colaciono as seguintes ementas de Acórdãos deste Conselho:

*PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. PROPÓSITO NEGOCIAL.
EMPRESA VEÍCULO.*

Os dispositivos legais concernentes ao registro e amortização do ágio fiscal não vedam que as operações societárias sejam realizadas, única e exclusivamente, com fins ao aproveitamento do ágio. Bem como, nota-se que tal regra não está presente em nenhum outro dispositivo legal de nosso sistema jurídico, seja nacional ou federal. Neste tom, registra-se, nenhuma norma pátria veda que a realização de negócios tenha por finalidade a redução da carga tributária de forma lícita. É o que se observa no §3º, art. 2º da Lei das SA, o qual dispõe que a companhia pode ter por objeto participar de outras sociedades (empresa veículo), também, como forma de beneficiar-se de incentivos fiscais.

Some-se a tal assertiva o fato de que a contribuinte possuía motivação negocial, clara, posto que se encontrava impedida, por regras da ANEEL, de realizar a incorporação diretamente. Motivo pelo qual se valeu de uma empresa veículo. (Acórdão nº 1302001.978; Relatora: Talita Pimenta Felix; Data da Sessão: 14/09/2016)

*REQUISITOS PARA DEDUTIBILIDADE DO ÁGIO.
EXISTÊNCIA DE PROPÓSITO NEGOCIAL.*

Ausente conduta tida como simulada, fraudulenta ou dolosa, a busca de eficiência fiscal em si não configura hipótese de perda do direito de dedução do ágio, ainda que tenha sido a única razão aparente da operação.

A existência de outras razões de negócio que vão além do benefício fiscal, apenas ratifica a validade e eficácia da operação.

*UTILIZAÇÃO DE EMPRESA-VEÍCULO. LEGALIDADE.
MANUTENÇÃO DA DEDUTIBILIDADE DO ÁGIO.*

A utilização de empresa-veículo que viabilize o aproveitamento do ágio, por si só, não desfigura a operação e invalida a dedução do ágio, se ausentes a simulação, dolo ou fraude. (Acórdão nº 1201001.507; Relator: Luis Fabiano Alves Penteado; Data da Sessão: 14/09/2016).

As ementas acima são contundentes por afirmarem que a existência de propósito negocial seria apenas um “plus” para demonstrar a validade e lisura das operações

societárias, não havendo fundamento legal para a referida exigência no âmbito da legalidade, nem cabendo à Administração realizar exigências diversas das previstas em lei.

Neste sentido, é importante pontuar que a lei tributária assume seu atributo de imperatividade quando constatada a ocorrência do fato jurídico tributário, não tolerando outra conduta do sujeito passivo que não o adimplemento da obrigação tributária, sob pena de sanção punitiva.

Por conseguinte, a imperatividade da lei tributária reside, justamente, no consequente de sua norma, ou seja, na obrigação do sujeito passivo em recolher um valor exprimível em moeda ao sujeito ativo da prestação. Esta obrigação decorre da verificação de um fato ocorrido em determinada local e tempo, e constituída por meio do lançamento tributário. Logo, se o atributo imperativo da lei tributária está em seu consequente, conclui-se que somente haverá fraude à referida lei, se seu comando (recolher tributo) for frustrado por quem incorra no fato jurídico tributário.

Não existe, contudo, qualquer comando imperativo no antecedente da norma tributária obrigando o particular a incorrer no fato jurígeno tributário e/ou naquele fato mais oneroso, sendo ele livre para organizar-se da forma que, lícitamente, lhe oferte menor oneração.

Acreditando ter demonstrado meu posicionamento, concluo afirmando que não é possível ao intérprete da lei adentrar o mérito do propósito negocial com que a operação foi realizada.

A Administração tem sua atuação vinculada à Lei, e, uma vez que percebe a semelhança de uma ocorrência, no mundo dos fatos, de uma conduta prevista no ordenamento jurídico, é obrigada a subsumir os fatos à norma, encerrando aí, sua participação no processo de positivação.

Pois bem. O conceito de ágio criado pela legislação do imposto sobre a renda jamais guardou identidade com aquele oriundo da ciência contábil. Enquanto o ágio, para a Teoria Contábil, é a diferença entre o valor de aquisição da participação societária e o valor do patrimônio após a alocação da mais-valia dos ativos e do reconhecimento dos intangíveis ainda não registrados, para o Decreto-Lei nº 1.598/77 (conceito jurídico) o ágio era a singela diferença entre o valor pago e o patrimônio líquido a valor de custo.

Aprofundo, embora do ponto de vista contábil, o ágio somente possa existir quando estiverem envolvidas partes independentes não relacionadas, sendo resultado de um processo de barganha negocial, raciocínio este adotado inclusive no Ofício-circular CVM SNC/SEP nº 01/2007, não se pode dizer o mesmo com relação ao ‘ágio tributário’.

Do ponto de vista tributário, o investidor deve, sempre, registrar um ágio que corresponderá, sempre, à diferença positiva entre o valor patrimonial e o preço pago pela participação societária. É dizer, na esteira do que apontam Roberto Quiroga Mosquera e Rodrigo de Freitas, que, diante do “*repúdio ao ágio interno pela Ciência Contábil*”, cumpre ao jurista ter em mente que “*essa realidade existente para a Ciência Contábil não é automaticamente aplicável ao Direito*” (*Controvérsias jurídico-contábeis aproximações e distanciamentos*, 2º vol., São Paulo, Dialética, 2011, p. 276).

Previsto em lei o conceito de ágio, novamente, tem-se em conta que não cabe ao intérprete da lei realizar distinções não expressas naquela norma. Tal conceito, encontra-se expressa e claramente disposto no art. 20 do Decreto-lei nº 1.598/1977, que dá fundamento ao art. 385 do RIR/99, inclusive fazendo menção ao desdobramento do custo de aquisição de investimentos em coligadas e controladas.

No âmbito da legalidade, então, não havia nenhuma restrição ao aproveitamento do ágio em relação a operações efetuadas com partes relacionadas. Logo, ao admitir que o ágio possa ser amortizado apenas quando decorrente de operações entre partes independentes não relacionadas, o intérprete imiscuiu-se na função de legislador positivo, distinguindo onde a Lei não distingue.

Ademais, apenas com o advento da Lei nº 12.973/2014 surgiu, para o “mundo jurídico” a proibição de dedutibilidade do ágio interno, isto é, do ágio surgido em operações societárias realizadas entre partes dependentes. Este fato, no meu entendimento, apenas confirma que, sob a égide da legislação tributária anterior, não era proibida a amortização do ágio gerado dentro de um grupo econômico.

Nesse aspecto, é importante ressaltar que a oposição ao ágio interno possui raízes fincadas na contabilidade. Isto porque, o ágio, conhecido como ‘o mais intangível dentre os intangíveis’, implica uma grande dificuldade de mensuração, e faz com que a teoria contábil apenas admita seu reconhecimento quando decorrente de uma negociação de mercado (“*at arm’s length*”). No entanto, como já amplamente demonstrado, o ‘ágio jurídico’ possui conceito próprio o qual, à época do período fiscalizado, era distinto do conceito do ‘ágio contábil’.

Isto posto, mais uma vez, cabe a análise da legislação aplicável ao caso, ou seja, o Decreto-Lei 1598/77 que disciplinava sobre o desdobramento do custo de aquisição das pessoas jurídicas que detinham investimentos em controladas e coligadas, bem como a Lei 9.532/97, que regulamenta a forma como se dava a amortização do ágio em operações de incorporação, fusão e cisão:

Art. 20, DL 1.598/77: O contribuinte que avaliar investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição em:

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

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

(...)

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

(...)

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

(...)

Art. 7º, Lei 9.532/97: **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 a apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração; (Redação dada pela Lei nº 9.718, de 1998)

(...)

Art. 8º, Lei 9.532/97: O disposto no artigo anterior aplica-se, inclusive, quando;

(...)

b) a empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a propriedade da participação societária."

Ora, a Lei nº 9.532/97 fez expressa referência ao ágio apurado de acordo com o Decreto-Lei nº 1.598/77 (conceito jurídico autônomo). Dada a existência de um conceito legal de ágio, não é possível a sua alteração em razão da superveniência de novas normas contábeis adotadas pela legislação contábil ou societária. É preciso respeitar a opção do legislador, que poderia ter realizado.

No caso ora entelado, com a devida vênia ao Ilustre Relator, entendo que é possível a coexistência de um ou mais laudos afim de demonstrar o surgimento do ágio, pois como bem prenuncia a norma tributária, ele se dá com base em “expectativa de rentabilidade futura”, a qual pode ser alterada conforme situações econômicas que venham ocorrer em futuro incerto e indeterminado, isto é, é possível o ajuste do laudo de avaliação afim de adequação a uma nova realidade até então desconhecida, desde que se parta dos mesmos fatos contábeis e seja justificado os motivos ensejadores de sua análise, situação a qual ocorreu no presente caso.

A expectativa de rentabilidade futura da companhia é um fundamento sobremodo relevante para a incorporação do ágio. Poderia ser entendido como sendo uma referência à possível alienação futura do ativo, não fosse o complemento exigir que esta rentabilidade faça-se apurada a partir da previsão dos resultados em exercícios futuros. A expectativa de lucratividade com o desempenho das atividades da investida, portanto, mediante incremento econômico decorrente da junção de esforços e das vantagens competitivas que se ampliaram, é o fundamento econômico determinado.

Como bem assevera o professor Heleno Taveira Torres, em texto publicado na Fiscosoft, denominado de “O ágio fundamentado por rentabilidade futura e suas repercussões tributárias”, *verbis*:

“A significação jurídica da "rentabilidade futura" para justificação do ágio, mormente pela relação com a equivalência patrimonial aplicada ao valor contábil, no somatório do custo de aquisição, só poderia ser vinculada aos resultados a título de lucros, e não de outro modo, compreendendo o valor agregado de riqueza na empresa investida. Daí que a projeção da lucratividade, na diferença proporcional entre o custo de aquisição e o valor contábil do patrimônio líquido da investida, confere a segurança jurídica necessária sobre a determinação do ágio baseado no valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros.

É certo que uma tal projeção pode não se materializar, na medida que os riscos e as incertezas próprias do futuro podem inibir a concretização daquilo que fora projetado. Uma projeção de lucros pode converter-se numa apuração de prejuízos, como pode também ser surpreendida por um aumento inesperado da lucratividade.

Em vista disso, no caso de projeções de lucratividade, o abatimento do ágio parece não se justificar quando tais lucros não se materializam, como é o caso do próprio art. 7º, da Lei nº 9.532/97.

Contudo, a aleatoriedade do lucro não se pode opor ao contribuinte, pois, como bem observa Edmar Andrade, mudanças no cenário econômico são superveniências inesperadas e não conflitam com a exigência de projeção de lucratividade. Lembrese, ainda, que houve um efetivo desembolso de numerário da investidora, ao qual o ágio corresponde, pela diferença a maior em relação ao valor contábil da investida.

O direito à rentabilidade futura é, portanto, o mesmo que dizer sobre a previsão do direito de participar dos lucros auferidos em períodos subsequentes. Pode ocorrer que a previsão de resultados futuros indique algum período de perdas ou prejuízos, mas valerá o plano na sua completude, pelo qual se poderá verificar a rentabilidade a partir do encontro de lucros e prejuízos apurados.

Segundo o inciso V, do art. 179, da Lei nº 6.404/76, com a redação dada pela Lei nº 11.638/2007, deverão ser registrados no diferido os gastos de reestruturação que contribuirão, efetivamente, para o aumento do resultado de mais de um exercício social e que não configurem tão-somente uma redução de custos ou acréscimo na eficiência operacional.

O ágio justificado por previsão de resultados em exercícios futuros é efetivamente um tipo de despesa baseada em aumento de resultado projetado para mais de um exercício e que não configura simples redução de custo ou eficiência operacional, mas um investimento no incremento das atividades na sua expansão internacional.

É livre a opção do critério de demonstração a ser adotado pelo contribuinte. A prova dos elementos de apuração da rentabilidade futura deve, porém, seguir uma coerência com a realidade atual da empresa e suas possibilidades futuras. E caso não seja justificado com base neste fundamento, deverá ser considerado como perda, no resultado do exercício, esclarecendo-se em nota explicativa as razões da sua existência, ex vi o § 5º, do art.14, da Instrução CVM nº 247/96.

Neste caso, o ágio deverá ser amortizado conforme a apuração dos resultados previstos como fundamento baseado na rentabilidade futura, com a amortização a acompanhar idêntico prazo, conforme os resultados projetados.

Essa advertência é oportuna, porque é fundamental compreender que a objetividade da escrituração contábil requer evidência substantiva (adequate disclosure), de modo a permitir a prevalência da substância sobre a forma, que, na contabilidade, é um princípio basilar.”

Diante do exposto, dou provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Marcos Antonio Nepomuceno Feitosa