



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10830.726414/2018-81
Recurso Especial do Procurador
Acórdão nº 9101-006.376 – CSRF / 1ª Turma
Sessão de 10 de novembro de 2022
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado EMS S/A

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2007, 2008, 2009, 2010

GLOSA DE DESPESAS COM AMORTIZAÇÃO DE “ÁGIO INTERNO”.
MULTA QUALIFICADA. NÃO CABIMENTO.

Considerando que, à época dos fatos geradores, a ineditilidade do dito *ágio interno* era no mínimo duvidosa, incabível a qualificação da penalidade (de 75% para 150%), afinal a interpretação em prol de sua dedução fiscal está longe de caracterizar prática fraudulenta ou sonegatória, únicas hipóteses aptas a ensejar a onerosa duplicação da multa de ofício.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial. Votaram pelas conclusões os conselheiros Edeli Pereira Bessa e Livia De Carli Germano. No mérito, por maioria de votos, acordam em negar-lhe provimento, vencidos os conselheiros Luiz Tadeu Matosinho Machado (relator) e Edeli Pereira Bessa que votaram por dar-lhe provimento. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro Luis Henrique Marotti Toselli.

(documento assinado digitalmente)

Carlos Henrique de Oliveira - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Luiz Tadeu Matosinho Machado - Relator

(documento assinado digitalmente)

Luis Henrique Marotti Toselli - Redator designado

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia de Carli Germano, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Alexandre Evaristo Pinto, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Gustavo Guimaraes da Fonseca, Ana Cecilia Lustosa da Cruz e Carlos Henrique de Oliveira (Presidente).

Relatório

Trata-se de recurso especial interposto pela Fazenda Nacional em face do Acórdão nº 1301-003.877, proferido pela 1ª Turma Ordinária da 3ª Câmara, na sessão de 14 de maio de 2019, mediante o qual, por maioria de votos o colegiado deu provimento parcial ao recurso voluntário para reduzir a multa de ofício ao percentual de 75%.

O presente processo trata de lançamento de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS períodos relativo período de outubro 2007 a maio de 2010, com aplicação de **multa qualificada** e multa isolada de IRPJ e CSLL, **decorrente da dedução de amortização de ágio na aquisição de investimentos** e omissão de receitas não operacional, bem como a glosa de prejuízos fiscais e bases negativas de IRPJ e CSLL.

Impugnado o lançamento a DRJ considerou parcialmente procedente o lançamento, tendo a contribuinte apresentado recurso voluntário ao CARF. Por meio do Acórdão nº 1301-001.299, o colegiado da 1ª Turma da 3ª Câmara por unanimidade de votos, negou provimento ao recurso de ofício e deu provimento parcial ao recurso voluntário para cancelar a exigência a título de omissão de receitas do ano calendário de 2010 (R\$ 569.215,45). E ainda, por maioria de votos, cancelar a multa isolada e por voto de qualidade cancelar a glosa de ágio.

Inconformada, a Procuradoria da Fazenda Nacional interpôs Recurso Especial, alegando a existência de divergência jurisprudencial, quanto à: (1) impossibilidade de dedução, da base de cálculo do IRPJ e da CSLL, de despesas com amortização de ágio criado internamente; (2) qualificação da multa de ofício para 150% e; (3) incidência da multa isolada por falta de recolhimento de estimativas.

Submetido o recurso especial à 1ª Turma da CSRF, foi proferido o Acórdão nº 9101-003.077, pelo qual o colegiado não conheceu do recurso no tocante à multa qualificada e deu provimento parcial ao recurso para restabelecer as exigências decorrentes da glosa de amortização de ágio e parcialmente as multas isoladas, determinando o retorno ao colegiado *a quo* para apreciação das seguintes matérias:

(i) inexistência de fraude/inaplicabilidade da multa agravada;

(ii) inexistência de previsão legal para a adição de despesas com a amortização de ágio considerada indedutível à base de cálculo da CSLL;

(iii) ilegalidade de cobrança de juros de mora sobre a multa de ofício.

O colegiado *a quo*, proferiu então o Acórdão nº 1301-003.877, do qual se colhe a seguinte ementa:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Ano-calendário: 2007, 2008, 2009, 2010

MULTA QUALIFICADA. FALTA DE COMPROVAÇÃO DE DOLO. NÃO CABIMENTO.

É incabível a aplicação de multa qualificada, com percentual de 150%, quando não restar comprovada a conduta dolosa do sujeito passivo, em especial nos casos de planejamento tributário acerca do qual haja divergência na doutrina e na jurisprudência.

MATÉRIA NÃO IMPUGNADA. PRECLUSÃO.

Opera-se a preclusão em relação a matéria que não tenha sido objeto de impugnação ou de decisão de primeira instância administrativa. Decreto nº 70.235/1972, art. 16, inciso III.

JUROS SOBRE MULTA DE OFÍCIO.

Aplicação da Súmula CARF 108. Incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia SELIC, sobre o valor correspondente à multa de ofício.

Encaminhados os autos à Procuradoria da Fazenda Nacional em 24/06/2019 (fls. 2587), esta aviou o recurso especial (fls. 2588/2608), no qual alega **divergência jurisprudencial** em face da decisão que exonerou a **qualificação da multa de ofício**, indicando como paradigmas os Acórdão nº 9101-002.487 e nº 9101-003.011.

O recurso foi admitido por meio do despacho de admissibilidade da presidente da 3ª Câmara, nos seguintes termos:

Passo ao exame da divergência.

Divergência: qualificação da multa de ofício - art. 44, § 1º, I, da Lei nº 9.430/96.

A matéria referente à qualificação da multa foi devolvida pela Câmara Superior de Recursos Fiscais para ser apreciada pela turma a quo, em razão de, em um primeiro julgamento, ter sido exonerado totalmente o lançamento para a exigência de IRPJ e CSLL sobre aproveitamento indevido de ágio, cumulado com multa qualificada e multa isolada pela falta de recolhimento de estimativas. Em razão da exoneração do montante principal, restou prejudicada a análise da multa qualificada.

Em julgamento de Recurso Especial manejado pela PGFN, o lançamento dos montantes principais foi restabelecido e, assim, determinou-se o retorno dos autos ao colegiado de origem para se pronunciar sobre as questões que haviam sido consideradas prejudicadas no primeiro julgamento.

Em resumo, **a multa foi qualificada**, nos termos do § 1º do artigo 44 da Lei nº 9.430/1996, em razão de os **procedimentos adotados pelo sujeito passivo terem sido enquadrados na hipótese de fraude** prevista no artigo 72 da Lei nº 4.502/1964: **o registro de ágio gerado internamente, sem propósito negocial, sem pagamento, utilização de empresa veículo, com o exclusivo propósito de reduzir os tributos devidos, e o contrato com o Banco Santander, pós-datado, lavrado quando já se encontrava sob ação fiscal.** (g.n.)

Aviada a impugnação, a turma julgadora de 1ª instância concluiu que a operação consistente em constituir pessoa jurídica desprovida de atividade operacional, por breve período de tempo, sem propósito negocial justificado a não ser o de servir de veículo para a geração de ágio e sua posterior transferência para àquela que lhe deu causa, caracteriza fraude, qualificando a conduta infracional e motivando o agravamento da multa de ofício.

Em Recurso Voluntário a interessada contestou a aplicação da multa qualificada, afirmando que seria necessário que a autoridade fiscal comprovasse, por provas diretas, e não presuntivas, que houve o intuito doloso de retardar ou impedir o surgimento da obrigação tributária, o que não teria ocorrido. Destacou que as operações realizadas seriam lícitas e foram realizadas com evidente propósito comercial, que foram devidamente registradas contabilmente, auditadas e amplamente divulgadas em suas demonstrações financeiras, bem como levadas ao conhecimento dos órgãos competentes, a Jucesp e a Receita Federal, e foram analisadas por juristas de renome, que emitiram pareceres favoráveis sobre a legalidade da dedutibilidade da despesa com amortização do ágio.

O Colegiado *a quo*, apreciando o litúgio atinente à qualificação da multa, pela maioria de seus conselheiros registrou que a turma já havia votado algumas vezes acerca da multa qualificada nos casos envolvendo o chamado "ágio interno", como classificado neste caso, muito embora entendendo seria mais a situação de utilização de empresa veículo, que considerou ser possível.

Para a relatora, não haveria que se falar em ação dolosa, uma vez que os atos foram praticados a partir de 2005, período esse em que as decisões "eram muito mais favoráveis aos contribuintes, como ocorreu no caso em destaque." (g.n.)

Assinalou que se deveria levar em conta que o interessado, ao proceder na dedução da amortização do ágio, teria atendido aos requisitos exigidos legais, fiscais e societários, tendo publicado suas demonstrações financeiras, assim como levado seus documentos à registro junto à JUCESP, CVM, BACEN e a própria Receita Federal. (g.n.)

E, concluiu:

Dito isto, não vejo fraude, dolo ou simulação nas ações praticadas pelo contribuinte que o levassem à ciência de alguma ilicitude praticada, de tal forma que reduzo a multa ao patamar de 75%.

O primeiro paradigma indicado recebeu, na mesma questão, a seguinte ementa:

Acórdão nº 9101-002.487

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2007, 2008, 2009

ÁGIO INTERNO. AMORTIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

Inadmissível a formação de ágio por meio de operações internas, sem a intervenção de partes independentes e sem pagamento de preço.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2007, 2008, 2009

ÁGIO INTERNO. QUALIFICAÇÃO DA MULTA DE OFÍCIO APLICADA. INEXISTÊNCIA DE ÁGIO. SIMULAÇÃO.

Qualifica-se a multa de ofício aplicada quando o pretense "ágio interno" trata-se de uma mera grandeza criada artificialmente, a que se pretendeu dar a aparência de ágio, que na realidade, nunca existiu.

[...]

No caso analisado por esta decisão considerou-se que houve a criação de uma despesa de amortização de ágio, sem que nenhum custo tivesse efetivamente sido incorrido.

Registrou-se que os sócios Adilton Boff Cardoso e Adalberto Boff Cardoso integralizaram, em 22/12/2004, na empresa Magius Participações Ltda, criada na mesma data, a totalidade de ações que possuíam da pessoa jurídica sujeito passivo, Magius Metalúrgica Industrial S/A, transformada de sociedade limitada para sociedade anônima de capital fechado, em 20/12/2004, no valor de R\$ 5.799.998,00. A Magius Participações, por sua vez, integralizou, no dia seguinte - 23/12/2004 - na empresa Boff Cardoso Participações S/A, criada nesse mesmo dia 23/12/2004, essas mesmas ações, já no valor de R\$ 31.319.000,00, por força de uma laudo de avaliação também datado de 23/12/2004. Observou-se que as ações passaram a valer, de um dia para o outro, mais de cinco vezes o que valiam, em face de um pretenso ágio de vinte e cinco milhões de reais.

Considerou a decisão que sobressaia o seguinte dessas operações societárias: ações originalmente valendo R\$ 5.799.998,00, referentes à Magius Participações e transferidas para Boff Cardoso Participações, pertencentes aos mesmos proprietários - Família Cardoso - teriam passado, por essa mera troca de posições patrimoniais, a valer R\$ 31.319.000,00, resultando em um pretenso ágio na ocorrência da incorporação. Entendeu-se, contudo, que, nessas condições, inexistiria verdadeiramente qualquer ágio ou ganho de capital, insubsistentes seriam todas as razões neles pretensamente fundadas.

Diante desse contexto fático, o colegiado superior decidiu que a prova cabal de que o sujeito passivo e o grupo econômico a que pertencia teriam praticado ação dolosa, posto ser fato que nenhuma alteração concreta ocorreu em seu controle societário, após a reestruturação societária e, ainda que as ações e transformações societárias tenham sido feitas seguindo as normas aplicáveis, o foram com o intuito doloso, tipificado no art. 71, da Lei 4.502/64 e, por isso mesmo, se amoldando à simulação, com o intuito de gerar despesa inexistente. Por tais razões foi mantida a penalidade qualificada.

No caso dos autos, o ágio teve origem no momento em que a totalidade das ações da EMS S.A. foi incorporada pela EMS INVESTIMENTOS, ambas submetidas ao controle dos mesmos sócios indiretos. O valor pelo qual as ações foram recebidas contemplou uma parte relacionada ao valor original do investimento e o ágio quantificado com base em laudo que avaliou o valor de mercado da participação societária incorporada com fundamento na expectativa de sua rentabilidade futura.

Alguns meses depois, a EMS INVESTIMENTOS foi incorporada pela EMS S/A, em um processo de incorporação reversa, o que fez com que o ágio antes contabilizado na primeira empresa ingressasse no patrimônio da segunda. De posse de tal ágio, a contribuinte EMS S.A. passou a deduzir de seu lucro líquido, entre os anos de 2005 e 2010, as despesas decorrentes da sua amortização.

A CSRF analisando a operação, considerou ser incontroverso que não houve desembolso algum, por qualquer das partes envolvidas, nas operações que originaram o ágio de R\$ 781.360.784,97, número que teria tido origem na simplesmente da diferença entre a reavaliação encomendada pelos próprios controladores do grupo. Assim, sequer teria havido dispêndio que justificasse a mais valia e, inexistindo dispêndio, não haveria sentido em possibilitar aproveitamento tributário do ágio.

Também entendeu o Colegiado Superior que não houve a necessária confusão patrimonial, pois *"Se não existiu o efetivo dispêndio da investidora por tal "mais valia", não há valor pago a maior que possa ser considerado perdido por ocasião de seu encontro, na contabilidade da mesma pessoa jurídica, com o investimento de que se esperava a produção futura de resultados positivos. Logo, perde o sentido a possibilidade de aproveitamento tributário do ágio"*.

Em conclusão, decidiu aquela turma que se tratava de ágio interno, criado de forma artificial em operações meramente contábeis realizadas entre empresas pertencentes ao

mesmo grupo econômico e, nessas condições, imprestável para fins de aproveitamento tributário.

Como se vê as situações analisadas pelo acórdão recorrido e pelo paradigma são muito semelhantes. Ambas envolveram ágio criado artificialmente, no seio do mesmo grupo econômico, mediante mera troca de ativos em operações circunscritas contabilmente. Todavia, ao passo em que no paradigma, diante dessas características, considerou-se que houve intuito doloso, simulação e fraude a justificar a manutenção da penalidade qualificada, enquanto que no acórdão recorrido, esses mesmos fatos levaram o colegiado a exonerar a penalidade qualificada.

Resta, portanto, demonstrada a divergência jurisprudencial.

O paradigma seguinte encontra-se assim ementado, no tocante à matéria sob análise:

Acórdão nº 9101-003.011

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2005, 2006, 2007, 2008

ÁGIO INTERNO. AMORTIZAÇÃO. INDEDUTIBILIDADE.

A hipótese de incidência tributária da possibilidade de dedução das despesas de amortização do ágio, prevista no art. 386 do RIR/1999, requer a participação de uma pessoa jurídica investidora originária, que efetivamente tenha acreditado na "mais valia" do investimento e feito sacrifícios patrimoniais para sua aquisição.

Inexistentes tais sacrifícios, notadamente em razão do fato de alienantes e adquirente integrarem o mesmo grupo econômico, evidencia-se a artificialidade da reorganização societária que, carecendo de propósito negocial e substrato econômico, não tem o condão de autorizar o aproveitamento tributário do ágio que pretendeu criar.

MULTA QUALIFICADA. CABIMENTO.

A constatação de evidente intuito de fraudar o Fisco, pela intencional prática de atos simulados, enseja a qualificação da multa de ofício.

Os fatos, neste paradigma, também dizem respeito a amortização de ágio, nos anos de 2005 a 2008, contabilizado em operações societárias caracterizadoras de planejamento tributário, praticadas entre empresas pertencentes ao mesmo grupo econômico e sem lastro em fluxo financeiro.

Em 29/12/2004 as empresas CAIMI CHILE e JOFECRED constituíram a contribuinte atuada CAIMI & LIAISON INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE COURO E SINTÉTICOS LTDA. Cada uma das sócias subscreveu 50% do capital social de R\$ 28.000.000,00 e integralizou sua parte mediante cessão e transferência de quotas de capital social que detinham junto a outras empresas, a valores reavaliados. A CAIMI CHILE cedeu e transferiu as quotas que detinha do capital social da CAIMI BRASIL, por um valor reavaliado de R\$ 14.000.000,00, em vista de seu valor nominal de R\$ 3.000.000,00, o que provou um ágio num valor aproximado de R\$ 25.000.000,00.

Em 30/07/2005, a contribuinte CAIMI & LIAISON incorporou as empresas CAIMI BRASIL e LIAISON, suas então controladas e, a partir do 4º trimestre de 2005, passou a aproveitar o saldo restando do ágio relativo às participações societárias incorporadas.

O colegiado superior do CARF, analisando o caso, considerou ser incontroverso que o ágio teve origem no momento em que as empresas CAIMI CHILE e JOFECRED

cederam e transferiram à recorrente a totalidade das quotas que detinham do capital social das pessoas jurídicas CAIMI BRASIL e LIAISON, respectivamente. Consignou que não houve qualquer desembolso por nenhuma das partes envolvidas nas operações que originaram as parcelas de ágio de R\$ 11.453.726,02 e R\$ 13.448.044,50, números que, no seu entender, advieram da simples diferença entre as reavaliações encomendadas pelos controladores das participações societárias cedidas e transferidas. Assim, julgaram não haver efetivamente uma investidora real que poderia fazer jus à possibilidade de aproveitamento do ágio. Para a turma, se não existiu efetivo dispêndio pela mais valia, não havia valor pago a maior, de forma que perdia o sentido a possibilidade de aproveitamento tributário do ágio.

Diante dessa situação, ao avaliar a procedência da imputação da multa qualificada, levou em conta que o grupo optou por promover uma série de operações intermediárias com utilização de empresa-veículo de forma a possibilitar a criação artificial de ágio unicamente destinado a redução da carga tributária, deduzindo tratem-se de negócios jurídicos simulados, de forma que cabível a exasperação da penalidade, nos termos do art. 44, I e § 1º, da Lei nº 9.430/96, c/c o art. 72 da Lei nº 4.502/1964.

Vê-se, portanto, que as situações fáticas que levaram os colegiados a manter a glosa de amortização de ágio em ambas as situações foram muito semelhantes, mas as conclusões a respeito da incidência da multa qualificada sobre esses fatos recebeu conclusões divergentes, justamente no que diz respeito às características dos processos de reorganização societária. Enquanto que para o recorrido a utilização de empresa veículo, a falta de propósito negocial e a ausência de fundamentação econômica do ágio não foram suficientes para justificar a qualificação da penalidade, no paradigma, esses mesmos motivos levaram a turma a manter a qualificação, o que caracteriza o dissenso jurisprudencial.

Caracterizada a divergência jurisprudencial deve ser dado seguimento ao Recurso Especial.

Diante do exposto, com fundamento no art. 67, do Anexo II, do RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 2015, proponho que seja **DADO SEGUIMENTO ao Recurso Especial**, interposto pela Fazenda Nacional, para que seja rediscutida a questão da **qualificação da multa de ofício - art. 44, § 1º, I, da Lei nº 9.430/96**.

[...]

De acordo.

Com fundamento nos artigos 18, inciso III, 67 e 68, do Anexo, II, do RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 2015, **DOU SEGUIMENTO** ao Recurso Especial, interposto pela Fazenda Nacional, admitindo a **rediscussão da qualificação da multa de ofício - art. 44, § 1º, I, da Lei nº 9.430/96**.

[...]

A contribuinte foi cientificada do recurso e de sua admissibilidade em 20/09/2019 (fls. 2627) e apresentou, em 04/10/2019 (fls. 2628), suas contrarrazões (fls. 2630/2652), alegando, em síntese, que não houve a comprovação de prática de qualquer ato com dolo, fraude ou simulação, em consonância com a doutrina e a jurisprudência sobre a matéria, devendo ser mantido o entendimento do acórdão recorrido.

É o relatório.

Fl. 8 do Acórdão n.º 9101-006.376 - CSRF/1ª Turma
Processo nº 10830.726414/2018-81

Voto Vencido

Conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado, Relator.

Conhecimento

O recurso especial é tempestivo e foi regularmente admitido.

A interessada não se insurgiu contra o conhecimento do recurso em suas contrarrazões.

Assim, por entender que restou bem caracterizada a divergência suscitada, nos termos do despacho de admissibilidade que adoto com fundamento no §1º do Art. 50 da Lei nº 9.784/1999, voto por conhecer do recurso da Fazenda Nacional.

Mérito

No mérito a recorrente defende que é cabível a aplicação da multa qualificada na medida em que restou caracterizada a simulação na criação das despesas mediante a realização de operações societárias sem qualquer materialidade, visando unicamente à obtenção de um benefício tributário sabidamente indevido.

A interessada, por sua vez aponta que não houve a comprovação de prática de qualquer ato com dolo, fraude ou simulação e que os atos foram praticados em consonância com a doutrina e a jurisprudência sobre a matéria, devendo ser mantido o entendimento do acórdão recorrido.

A d. relatora do voto condutor do acórdão recorrido, ex-Conselheira Amélia Wakako Morishita Yamamoto, entendeu que não restou caracterizada a intenção dolosa da contribuinte de se criar uma situação tributariamente mais vantajosa, sendo acompanhada pela maioria dos membros do colegiado *a quo*. Nesse sentido, sustentou, *verbis*:

Resta agora analisar a questão da multa qualificada, aplicada em 150%.

Segundo o TVF, fls. 777 e ss, estariam presentes os elementos caracterizadores da fraude e do dolo.

Não cabe à companhia invocar desconhecimento ou prática de erro escusável: nem quando foi criado o ágio, nem quando ele começou ser amortizado, nem em qualquer outro momento anterior ou posterior, o ágio interno foi aceito pela Contabilidade ou pelas regras tributárias.

Vale relembrar que o custo histórico como base de valor já há muito está consagrado pela Contabilidade e, por extensão, pela legislação do imposto de renda, que apura o lucro real com observância dos preceitos das leis comerciais (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 6º, §1º).

A contribuinte estava perfeitamente consciente da falta de propósito comercial do ágio gerado internamente e registrado apesar da **ausência de custo**, pois não houve qualquer saída de caixa (pagamento) nessa operação da qual se originou o ágio.

Há uma dedução nova de despesas de amortização sem que tenha havido sequer um correspondente desembolso por um novo ativo ou um novo investimento. Conforme já dito, o surgimento do intangível decorreu da incorporação de pessoas jurídicas por

avaliação econômica, com base em potencial lucratividade futura, portanto uma operação "não caixa" entre empresas do mesmo grupo, o que torna inadmissível o reconhecimento contábil desse ágio.

A DRJ, de igual forma, manteve a qualificação da multa.

Os atos praticados pelo Grupo EMS, como o reconhecimento contábil de um custo de aquisição inflado indevidamente, a falta de propósito comercial na incorporação de ações, a dedução indevida de despesas de amortização do ágio para fins fiscais não podem ser aceitos porque estão contaminados por uma primeira constatação, qual seja, a formação ilegítima de um valor a título de "ágio".

Pode-se observar, portanto, que o fundamento basilar da autuação é a constatação de que o ágio gerado é ilegítimo e ilegal. De fato, caso a EMS Investimentos S/A tivesse incorporado as ações da EMS S/A por seu valor patrimonial, provavelmente esta infração não subsistiria. Todavia, não foi isso o que sucedeu, não existindo dúvida de que houve a ocorrência desse ilícito tributário.

Já a caracterização da circunstância qualificadora do ilícito passa pela demonstração da seguinte conduta dolosa: a de que a fiscalizada tinha conhecimento de que o ágio formado e registrado em sua escrituração contábil era ilegítimo e que assim procedeu com a finalidade de escapar indevidamente da tributação. Caso evidenciado essa situação, restará demonstrado que a contribuinte reduziu, fraudulentamente, a base de cálculo dos tributos, incorrendo na hipótese dolosa prevista no art. 72 da Lei nº 4.502/1964. Ao contrário, isto é, se não restar demonstrado que a fiscalizada tinha consciência da ilicitude das circunstâncias da geração do ágio, por força do art. 136 da Lei nº 5.172/1966, remanescerá apenas sua responsabilidade objetiva pela infração, sendo devidos os tributos, juros de mora e a multa de ofício, mas sem o agravamento decorrente da circunstância qualificadora "fraude".

Os autuantes apontam a ausência de um elemento essencial à operação que qualifica a conduta da autuada, qual seja, o propósito comercial subjacente à constituição da EMS Investimentos S/A.

Ora, esse Colegiado já votou algumas vezes acerca da multa qualificada nos casos de ágio, envolvendo o chamado "ágio interno", como classificado este caso, embora entenda que seja mais um caso de utilização de empresa veículo, à qual entendo que seja possível.

Não haveria que se falar em ação dolosa. Os atos foram praticados a partir de 2005. Período esse em que as decisões, inclusive, eram muito mais favoráveis aos contribuintes, como ocorreu no caso em destaque.

Assim, não há que se falar em ação dolosa do contribuinte em se criar uma situação tributariamente mais vantajosa.

Há que se levar em conta que o recorrente ao proceder na dedução da amortização do ágio atendeu aos requisitos exigidos legalmente, fiscalmente e societariamente. Suas demonstrações financeiras foram publicadas, assim como seus documentos, levados à registro junto à JUCESP, CVM, BACEN e a própria Receita Federal.

Dessa forma, trago à colação excertos do acórdão 1301-002.670, do ilustre Conselheiro Roberto Silva Junior, em que se tratou da multa qualificada em fatos semelhantes:

Se é verdade que nos dias atuais a controvérsia envolvendo a figura do *ágio interno* caminha para a pacificação, pelo menos no âmbito da CSRF; é também verdade que, no tempo dos fatos colhidos no lançamento, havia aberto dissenso

doutrinário e jurisprudencial acerca da legitimidade e da validade do ágio resultante dessas operações de reestruturação societária, inclusive as que envolviam empresas do mesmo grupo econômico. Decisões emanadas do CARF davam pela legitimidade do *ágio interno*. Ora, se essa figura, aos olhos de alguns conselheiros e de alguns juristas, parecia compatível com o direito, é impossível afirmar que agiu de má-fé o contribuinte que se comportou segundo esse entendimento, ainda que o tempo viesse a mostrar a falta de juridicidade dessa posição. Por essas razões, não se afigura correto exacerbar a multa, supondo ter havido dolo e intuito de fraude, quando o assunto ainda suscitava discussão. O contribuinte, diante da controvérsia e da existência de dois caminhos, optou pelo que lhe parecia mais conveniente.

Em suma, a falta de clareza e a controvérsia doutrinária e jurisprudencial sobre a matéria, afastam a possibilidade de aplicação de multa qualificada. A presunção deve ser a de que o contribuinte agiu de boa-fé.

Dito isto, não vejo fraude, dolo ou simulação nas ações praticadas pelo contribuinte que o levassem à ciência de alguma ilicitude praticada, de tal forma que reduzo a multa ao patamar de 75%.

[...]

Entendo que assiste razão à recorrente.

Com a devida vênia ao entendimento do colegiado *a quo*, entendo que restou caracterizada a evidente intenção de simulação de diversas operações societárias sem qualquer outra finalidade que não a criação artificial de um ágio visando sua amortização como despesa e, como consequência, a redução dos tributos devidos sobre os lucros da empresa.

Ora, a empresa sequer conseguiu apontar o real motivo da criação da empresa EMS Investimentos S/A que serviu como empresa veículo para receber as ações da empresa operacional EMS S/A devidamente reavaliadas e, posteriormente, após curtíssimo espaço de tempo, sem qualquer atividade e sem uma justificativa convincente, ser incorporada pela suposta investida, passando a permitir, na sua ótica de planejamento, a dedução do ágio gerado.

Eis o relato da autoridade fiscal sobre a (falta de qualquer) atividade da empresa EMS Investimentos S/A no Termo de Verificação Fiscal:

Da breve existência da empresa EMS Investimentos S/A

13. Intimada a apresentar os atos constitutivos e alterações da empresa EMS Investimentos, a empresa disponibilizou a Ata da Assembléia Geral de 15 de dezembro de 2004, de constituição da EMS Investimentos (fl. 93) e, também, apresentou a Ata da Assembléia Geral Extraordinária realizada em 29 de dezembro de 2004, fls. 233 a 236, em que consta registrado o valor de R\$ 5.000, 00 de Capital Social, totalmente integralizado. Referida Assembléia teve como ordem do dia a apreciação e a deliberação sobre os termos e condições do Protocolo de Incorporação de Ações e Justificação, relativas à incorporação da totalidade das ações da EMS S/A, convertendo-a em subsidiária integral da EMS Investimentos.

14. Na Ata da Assembléia Geral Extraordinária, de 29 de dezembro de 2004, consta que foram entregues à assembléia e aprovados os Balanços Patrimoniais da EMS Investimentos e da EMS S/A levantados em 30/11/2004. Porém, ao ser solicitada a apresentação de tais balanços, a contribuinte responde que hoje não consegue mais gerar Balanço intermediário (fl. 444).

15. O Laudo de Avaliação das Ações da EMS, produzido para fins de incorporação pela EMS Investimentos, foi elaborado pela empresa Pro Invest Consultores Associados S/C Ltda, fls. 168 a 228, com base em valores de mercado em 30 de novembro de 2004. O referido Laudo utilizou o método de Fluxo de Caixa Descontado e atribuiu o valor de R\$ 926.642.000,00 para a totalidade das ações da EMS.

16. Assim, incorporadas as ações da EMS, a EMS Investimentos teve seu patrimônio aumentado em Rf 926.642.000,00, mediante a emissão de 140.000.000 novas ações ordinárias, nominativas, sem valor nominal, ao preço de emissão total de R\$ 926.642.000,00, sendo R\$ 140.000.000,00 o valor do aumento do capital e R\$ 786.642.000,00 o valor da Reserva de Capital — Ágio na emissão de ações decorrente da incorporação das ações da EMS pelo valor de mercado. Os acionistas receberam novas ações ordinárias nominativas e sem valor nominal, sendo que uma ação da EMS passou a corresponder a sete ações da EMS Investimentos, portanto:

- Carlos Eduardo Sanchez — recebeu sete novas ações
- Nanci Sanchez — recebeu sete novas ações
- EMS Sigma Pharma Participações S/A - recebeu 139.999.986 ações

17. Sobre a contabilização da aquisição de 100% da EMS S/A pela EMS Investimentos, a contribuinte apresentou o Razão de novembro/2004 e o Livro Diário nº 2 de 2005, ambos da EMS Investimentos.

18. No Razão de novembro/2004, estão registradas as contas de investimento na EMS S/A (R\$ 145.281.215,03) e do ágio correspondente (R\$ 781.360.784,97). Ocorre que o investimento na EMS foi efetuado apenas em dezembro/2004, como atestam a Ata da Assembléia Geral Extraordinária da EMS Investimentos - realizada em 29 de dezembro de 2004, fls. 233 a 236 e a própria Ata da Assembléia Geral de 15 de dezembro de 2004, em que ocorreu a compra da empresa Sol Collection e a sua transformação na EMS Investimentos (fl. 93), como relatado no parágrafo 5.

19. No Diário nº 2, não há movimento de fevereiro a maio. Em janeiro/2005, apenas movimento pela transferência do resultado do exercício anterior, em junho/2005, apenas movimento da equivalência patrimonial do período, relativa à EMS. Em julho/2005, estão registrados os movimentos de baixa pela incorporação na EMS S/A (fls. 152 a 163).

20. Questionada sobre os motivos ou a finalidade da constituição da EMS Investimentos, e quais benefícios esperados de natureza empresarial, patrimonial, legal, financeira ou tributária, a empresa não apresentou quaisquer motivos ou benefícios sobre a constituição da EMS Investimentos (fls. 09 e 10), discorrendo sobre outro negócio.

21. Apresentam praticamente zerados todos os campos das Declarações de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica- DIPJ da EMS Investimentos, 2004 e 2005 (fls. 529 a 571), registrando apenas as movimentações relativas a participação societária da EMS, demonstrando a ausência de operações e empregados.

[...] (g.n.)

Mais adiante a autoridade fiscal destaca no TVF a etapa relativa à incorporação às avessas da investidora (EMS Investimentos) pela investida (EMS) destacando a falta de motivação e propósito nas operações engendradas que culminaram com uma reestruturação para deixar exatamente tudo como antes do ponto de vista societário, com exceção da própria

reavaliação da empresa e a possibilidade de amortizar uma despesa com ágio notoriamente inexistente. Veja-se os excertos abaixo:

59. No caso em questão, a contribuinte não apresentou razões para as operações societárias que não fosse a evidente finalidade de reduzir o montante de tributos devidos. Situação bastante evidente quando se observam os movimentos relacionados à incorporação da SEM Investimentos. Na Ata de Reunião da Diretoria, realizada em 25 de julho de 2005, fls. , o seguinte texto:

A Operação tem por objetivo a incorporação da EMS Investimentos pela Companhia (EMS), estando inserida em um amplo processo de reestruturação societária, que tem como empresa mais importante a própria EMS. Objetiva-se com esta operação: (i) a maximização de sinergias operacionais; (ii) redução de custos administrativos na incorporação; (iü) maior transparência no mercado, mediante a implantação de uma estrutura societária e de capital mais eficiente.
(g.n)

60. Embora os objetivos descritos se resumem a permitir a "(i) a maximização de sinergias operacionais; (ii) redução de custos administrativos na incorporação; e (iii) maior transparência no mercado, mediante a implantação de uma estrutura societária e de capital mais eficiente.", cabe ressaltar que **a incorporada não operava**, como já demonstrado anteriormente. Assim, **como se pode esperar maximização de sinergia operacional?** (g.n)

61. Na mesma linha de raciocínio **como esperar a redução de custos se a EMS Investimentos não informou ter incorrido em qualquer custo administrativo ou despesa operacional nas DIPJ/2005**, relativas ao ano calendário de 2004 e ao período de janeiro a julho de 2005 (as fichas 04A — Custos dos Bens e Serviços Vendidos e 05A — Despesas Operacionais estão com todos os campos zerados), vide cópias juntadas às fls. 529 a 571. Na ficha 06A -Demonstração do Resultado das duas declarações a única movimentação é o resultado de participação societária, relativa à EMS. (g.n)

62. A maior transparência ao mercado também não parece ser atingida, afinal há poucos meses (aproximadamente sete meses) era a EMS S/A que havia sido adquirida pela EMS Investimentos. Operação invertida há tão pouco tempo parece provocar maior confusão ao mercado sobre os rumos da empresa. (g.n)

63. Por outro lado, de forma clara e objetiva, reconhecendo a opção pelo aproveitamento do ágio interno, no item 1 do Protocolo de Incorporação e Justificação, fls. 133, consta a seguinte motivação para a incorporação da EMS Investimentos:

*(i) a **transferência para a incorporadora**, do ágio registrado na incorporada, atualmente contabilizado como Ativo Diferido, **permitindo a amortização do referido ágio** nos termos da legislação aplicável, (destacamos)*

[...]

No presente caso é gritante a ausência de qualquer propósito na criação e subsequente incorporação reversa da empresa EMS Investimentos, exceto a criação artificial do ágio com vistas à sua amortização, gerando uma alteração indevida no resultado tributável da companhia. A falta de qualquer propósito e de existência real da empresa EMS Investimentos, apontada pela autoridade fiscal, apontam para uma simulação absoluta nos atos praticados.

Não há aqui qualquer vestígio de que tais operações poderiam ter outro propósito além do benefício tributário buscado, de sorte que, com a devida vênia, a afirmação contida no

voto condutor do acórdão recorrido de que “*diante da controvérsia e da existência de dois caminhos, (a contribuinte) optou pelo que lhe parecia mais conveniente*” é absolutamente impertinente ao presente caso

Ora, não havia qualquer outro caminho (leia-se propósito) no caso em questão, posto inexistente outra finalidade para os atos que restaram praticados, não havendo dúvidas quanto ao seu cunho unicamente fiscal.

Oportuno observar que a alegada operação com vistas à criação de uma *joint venture* com a empresa estrangeira GERMED também não se presta a justificar o negócio, posto que formalizada em período anterior aos referidos atos societários que culminaram na geração do ágio e que nos quais não há qualquer referência ao negócio anterior, assim como não havia no mencionado acordo de *joint venture* qualquer menção à necessidade de uma reestruturação societária da recorrente com vistas à sua viabilização, como bem apontado pela DRJ no acórdão de impugnação, *verbis*:

[...]

Os autuantes apontam a ausência de um elemento essencial à operação que qualifica a conduta da autuada, qual seja, o propósito negocial subjacente à constituição da EMS Investimentos S/A.

A autuada alega que a EMS Investimentos S/A faria parte do processo de formação de uma Joint Venture com a sociedade portuguesa GERMED para fabricação e Impugnante, a ser implementada mediante permuta de ações da EMS S/A e da GERMED.

Esse interesse está consignado nos Memorando de Entendimento de 24 de maio de 2004, às fls. 98/101, e, no instrumento contratual de Joint Venture, de fls. 99/113, assinado em 05 de julho de 2004, cujos signatários são a sociedade portuguesa GERMED FARMACÊUTICA LTDA e a empresa de participações EMS SIGMA PHARMA PARTICIPAÇÕES S/A, controladora, naquele momento, da EMS S/A.

Os documentos acostados aos autos e as explicações da Impugnante não deixam dúvida de que a associação empresarial com a GERMED buscava a expansão de seus negócios para o continente europeu. Todavia, sob o ponto de vista negocial, não está claro o papel desempenhado pela EMS Investimentos S/A na implementação dessa operação, uma vez que a negociação com a sociedade portuguesa foi iniciada e finalizada sem a sua participação.

Com efeito, a implementação da Joint Venture passou pela troca de informações, pela divisão de tarefas entre os membros e pela entrega de ações da EMS S/A detidas pela EMS SIGMA PHARMA PARTICIPAÇÕES S/A à GERMED e, desta, para a empresa de participações brasileira, conforme Contratos de Permuta de Quota de fls. 113/117 e 972/976, assinados em 23 de julho e 21 de setembro de 2007, sem que em momento algum, as partes envolvidas mencionassem nos documentos produzidos a previsão ou necessidade de constituição de uma outra sociedade.

Por outro lado, se a Impugnante não conseguiu justificar a finalidade da EMS Investimentos S/A para a implementação da Joint Venture, ficou demonstrada a constatação dos autuantes de que ela somente existiu para que fosse gerado artificialmente um ágio e, mediante combinação de negócios, para que fosse transferido à própria empresa que deu causa à formação da mais-valia, a EMS S/A, que ao promover a amortização desse valor, provocou uma redução indevida da própria base de cálculo dos tributos federais.

A EMS Investimentos S/A seria uma empresa de participações que, em última instância, era controlada por Carlos e Nanci Sanchez que também controlavam a SEM SIGMA PHARMA PARTICIPAÇÕES S/A, através das empresas SALTMONT e SALTRIVER. As empresas eram controladas por sócios comuns que, inclusive, eram também seus diretores, não se justificando, portanto, a alegação da contribuinte de que essa operação deixaria o processo decisório da Joint Venture mais ágil, pois o que a EMS Investimentos S/A fez, ou poderia ter feito, a EMS SIGMA PHARMA PARTICIPAÇÕES S/A também poderia ter realizado, a não ser, a criação do ágio.

O controle direto da EMS S/A, detido pela EMS SIGMA PHARMA PARTICIPAÇÕES S/A, foi transferido para a EMS Investimentos S/A, ocasionando a avaliação do investimento e a formação do ágio, baseado em rentabilidade futura da controlada. Todavia, esta situação perdurou somente por cerca de sete meses (29/12/2004 a 29/07/2005), pois o controle direto da EMS S/A retornou para a EMS SIGMA PHARMA PARTICIPAÇÕES S/A.

Desta maneira, não se vislumbra propósito comercial na constituição da EMS Investimentos S/A a não ser o de servir de “veículo” que permitisse a geração artificial de uma mais-valia e sua transferência para a empresa operacional do grupo, a EMS S/A, conclusão corroborada pela efêmera duração da EMS Investimentos S/A que, no período, conforme constataram os autuantes, não incorreu em custos ou despesas, isto é, ficou inoperante. Com o retorno do controle da EMS S/A para a EMS SIGMA PHARMA PARTICIPAÇÕES S/A, esvai-se a alegação da Impugnante de que a nova holding, isto é, a EMS Investimentos S/A, daria mais agilidade à administração dos interesses da Joint Venture.

[...](g.n)

Desta feita, entendo que não se está diante de um mero planejamento tributário inoponível ao fisco por não se enquadrar na hipótese legal utilizada para viabilizá-lo, mas sim em flagrante caso de simulação fraudulenta a ensejar a aplicação da multa qualificada.

Por fim, é importante consignar que o fato de os atos societários terem sido devidamente registrados perante o órgão competente e de terem sido informados nas demonstrações financeiras publicadas e nas declarações prestadas aos órgãos competentes, não se presta a dar-lhes legitimidade no sentido de afastar a intenção dolosa de reduzir os tributos sabidamente devidos; ao contrário, são meros atos necessariamente praticados com vistas a atingir o objetivo previamente buscado (redução ou supressão dos tributos devidos).

Por todo o exposto, voto no sentido de dar provimento ao recurso especial da Fazenda Nacional para restabelecer a multa qualificada.

(documento assinado digitalmente)

Luiz Tadeu Matosinho Machado

Voto Vencedor

Conselheiro Luis Henrique Marotti Toselli – Redator designado

Conforme registrado no voto do I. Relator, fui designado para expor as razões que levaram a maioria do Colegiado a negar provimento ao recurso especial fazendário, de modo a manter o afastamento da qualificação da multa de ofício em situação de glosa de despesas com o rotulado “ágio interno”.

Pois bem.

A qualificação da multa de ofício encontra-se prevista no § 1º do artigo 44 da Lei nº 9.430/96, *in verbis*:

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

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

[...]

§ 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.

Da leitura desse dispositivo, verifica-se que a multa de ofício ordinária é de 75%, cabível nas hipóteses de falta de recolhimento do tributo, falta de declaração ou apresentação de declaração inexata, devendo esta ser duplicada apenas nas hipóteses previstas nos artigos 71, 72 ou 73 da Lei nº 4.502/1964, abaixo transcritos.

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

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

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

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

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

Para que se possa, então, cogitar a qualificação da multa (de 75% para 150%), é imprescindível que a autoridade fiscal identifique e comprove, além da conduta de não pagar tributo, não declará-lo ou declará-lo de forma inexata, que a contribuinte teve a intenção de esconder que ela própria incorreu na materialidade tributária ou que ela se valeu de medidas ilícitas para manipular o fato gerador.

Para esse labor, deve-se diferenciar as hipóteses de *contraste hermenêutico* das hipóteses em que o contribuinte busca atuar sobre o material fático, com vistas a intencionalmente ocultar ou dificultar o descobrimento dos fatos ou operações efetivamente praticadas. São coisas inconfundíveis...

Nesse caso concreto, entendo que não houve qualquer conduta fraudulenta ou dolosa por parte da contribuinte, mas, quando muito, uma interpretação divergente quanto às normas tributárias que conferem o direito de deduzir o chamado *ágio interno*.

Não há, ao contrário do que quer fazer crer a fiscalização e o I. Relator, nenhum registro ou indício de utilização de qualquer tipo de medida fraudulenta por parte da recorrida. Pelo contrário, os valores glosados foram contabilizados, a operação foi divulgada tal como efetivamente ocorreu e foi a partir das informações colhidas da própria contribuinte que a fiscalização tomou conhecimento dos fatos e lançou os tributos que considerou devidos.

Além disso, como constou da própria decisão ora combatida, a contribuinte teria inclusive seguido orientação jurisprudencial da época. Confira-se:

(...)

Ora, esse Colegiado já votou algumas vezes acerca da multa qualificada nos casos de ágio, envolvendo o chamado "ágio interno", como classificado este caso, embora entenda que seja mais um caso de utilização de empresa veículo, à qual entendo que seja possível.

Não haveria que se falar em ação dolosa. Os atos foram praticados a partir de 2005. Período esse em que as decisões, inclusive, eram muito mais favoráveis aos contribuintes, como ocorreu no caso em destaque.

Assim, não há que se falar em ação dolosa do contribuinte em se criar uma situação tributariamente mais vantajosa.

Há que se levar em conta que o recorrente ao proceder na dedução da amortização do ágio atendeu aos requisitos exigidos legalmente, fiscalmente e societariamente. Suas demonstrações financeiras foram publicadas, assim como seus documentos, levados à registro junto à JUCESP, CVM, BACEN e a própria Receita Federal.

Dessa forma, trago à colação excertos do acórdão 1301-002.670, do ilustre Conselheiro Roberto Silva Junior, em que se tratou da multa qualificada em fatos semelhantes:

Se é verdade que nos dias atuais a controvérsia envolvendo a figura do *ágio interno* caminha para a pacificação, pelo menos no âmbito da CSRF; é também verdade que, no tempo dos fatos colhidos no lançamento, havia aberto dissenso doutrinário e jurisprudencial acerca da legitimidade e da validade do ágio resultante dessas operações de reestruturação societária, inclusive as que envolviam empresas do mesmo grupo econômico. Decisões emanadas do CARF davam pela legitimidade do *ágio interno*.

Ora, se essa figura, aos olhos de alguns conselheiros e de alguns juristas, parecia compatível com o direito, é impossível afirmar que agiu de má-fé o contribuinte que se comportou segundo esse entendimento, ainda que o tempo viesse a mostrar a falta de juridicidade dessa posição. Por essas razões, não se afigura correto exacerbar a multa, supondo ter havido dolo e intuito de fraude, quando o assunto ainda suscitava discussão. O contribuinte, diante da controvérsia e da existência de dois caminhos, optou pelo que lhe parecia mais conveniente.

Em suma, a falta de clareza e a controvérsia doutrinária e jurisprudencial sobre a matéria, afastam a possibilidade de aplicação de multa qualificada. A presunção deve ser a de que o contribuinte agiu de boa-fé.

Dito isto, não vejo fraude, dolo ou simulação nas ações praticadas pelo contribuinte que o levassem à ciência de alguma ilicitude praticada, de tal forma que reduzo a multa ao patamar de 75%.

Ora, não há dúvidas de que o contribuinte buscou, ainda que por meio de uma reorganização societária, deduzir as referidas despesas com o polêmico ágio gerado em operações dentro do mesmo grupo econômico, e com isso obter economia tributária, mas daí a afirmar que restariam caracterizados dolo ou fraude, com a devida vênia, me parece existir uma enorme distância.

De qualquer forma, havendo uma razoável dúvida interpretativa sobre os requisitos legais para a dedução fiscal do ágio, inclusive o tido por *interno*, deve-se aplicar a menor penalidade também aos olhos do que prevê o CTN no seu artigo 112, I e II, verbis:

Art. 112. A lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidades, interpreta-se da maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida quanto:

I - à capitulação legal do fato;

II - à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos;

(...)

Finalmente, cabe também pontuar que essa E. 1ª Turma da CSRF, em recentes decisões, afastou a qualificação da multa em situações que envolveram *planejamentos tributários duvidosos*, como no presente caso, conforme atestam as ementas dos seguintes julgados:

MULTA DE OFÍCIO. INOCORRÊNCIA DE SONEGAÇÃO, FRAUDE OU CONLUÍO. ABUSO DE DIREITO. FRAUDE À LEI. INSTITUTOS CIVIS. IMPOSSIBILIDADE DE QUALIFICAÇÃO DA MULTA. Não havendo comprovação da ocorrência de sonegação, fraude ou conluio, não se sustenta a qualificação da penalidade. Tanto o abuso de direito quanto a fraude à lei são institutos previstos na lei civil, com características próprias, mas não foram eleitos pelo legislador tributário como razão para qualificação da penalidade. Tratando-se de planejamento tributário, ainda que abusivo, não resta caracterizado o dolo apto a ensejar a qualificação da penalidade, mormente quando não há ocultação da prática e da intenção final dos negócios levados a efeito. (Acórdão nº 9101-005.761. Sessão de 08/09/2021. Rel. Fernando Brasil de Oliveira Pinto).

MULTA QUALIFICADA. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE CONDUTA DOLOSA.

Não restando comprovada nos autos a conduta dolosa, com evidente intuito de fraude, do contribuinte, é aplicável a multa no percentual de 75%, nos termos do § 1º, do artigo 44, da Lei nº 9.430/96. (Acórdão nº 9101-005.791. Sessão de 08/10/2021. Rel. Alexandre Evaristo Pinto).

ÁGIO. MULTA QUALIFICADA. ADOÇÃO DE EMPRESA-VEÍCULO NA ESTRUTURA DE AQUISIÇÃO DE INVESTIMENTO. ACUSAÇÃO DE FALTA DE PROPÓSITO NEGOCIAL. REAIS ADQUIRENTES ESTRANGEIROS. IMPROCEDÊNCIA DO FUNDAMENTO DA PENA. INOCORRÊNCIA DE FRAUDE SONEGAÇÃO OU CONLUÍO. REDUÇÃO DA SANÇÃO DUPLICADA.
A dedução indevida de dispêndios com ágio não se confunde com prática dolosa ou ilícita que autoriza a aplicação da multa duplicada de 150%, prevista no §1º do art. 44 da Lei nº 9.430/96. Ainda que prevalecendo a glosa, não sendo demonstrada e comprovada a prática de fraude, sonegação ou conluio nas transações que geraram a despesa com o sobrepreço, deve ser aplicada a monta ordinária da multa de ofício de 75%.

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

A figura de origem estrangeira da ausência de propósito comercial, dentro da narrativa de que o contribuinte praticou determinado ato ou negócio jurídico visando exclusivamente obter vantagem tributária, não configura hipótese legal de fraude, conforme a devida conceituação de Direito Civil, e nem pode se amoldar à previsão do art. 72 da Lei nº 4.502/64. (Acórdão nº 9101-005.872. Sessão de 11/11/2021. Rel. Caio Cesar Nader Quintella).

Essas são as razões, contudo, que levaram a maioria do Colegiado a negar provimento ao Apelo da PGFN.

(documento assinado digitalmente)

Luis Henrique Marotti Toselli