

**MINISTÉRIO DA FAZENDA****Conselho Administrativo de Recursos Fiscais**

PROCESSO	10980.723710/2019-97
ACÓRDÃO	9101-006.940 – CSRF/1ª TURMA
SESSÃO DE	7 de maio de 2024
RECURSO	ESPECIAL DO PROCURADOR
RECORRENTE	FAZENDA NACIONAL
RECORRIDA	JCS BRASIL ELETRODOMÉSTICOS S.A.

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2015, 2016, 2017

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

O ágio fundamentado em rentabilidade futura, à luz dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, pode ser deduzido por ocasião da absorção do patrimônio da empresa que detém o investimento pela empresa investida (*incorporação reversa*).

O uso de uma *holding*, constituída no Brasil com recursos provenientes de controladora domiciliada do exterior, para adquirir a participação societária com ágio e, em seguida, ser incorporada pela investida, não afasta as condições para o aproveitamento fiscal do ágio, ainda mais em um cenário no qual não houve alegação de simulação ou eventual outro vício, de modo que a tentativa do fisco de desqualificar a dita *empresa veículo* como adquirente deve ser afastada.

A tese fazendária do “*real adquirente*”, que busca limitar o direito à dedução fiscal do ágio apenas na hipótese de existir *confusão patrimonial* entre a pessoa jurídica que disponibilizou os recursos necessários à aquisição do investimento e a investida, não possui fundamento legal, salvo quando caracterizada hipótese de *simulação*, o que não se revela no caso.

MULTA ISOLADA SOBRE ESTIMATIVAS MENSAS DE IRPJ E CSLL. COBRANÇA CONCOMITANTE COM A MULTA DE OFÍCIO. NÃO CABIMENTO.

A multa isolada é cabível na hipótese de falta de recolhimento de estimativas mensais de IRPJ ou de CSLL, mas não há base legal que permita sua cobrança de forma cumulativa com a multa de ofício incidente sobre o IRPJ e CSLL apurados no final do período de apuração.

Deve subsistir, nesses casos, apenas a exigência da multa de ofício.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade votos, em conhecer do Recurso Especial e, no mérito, por maioria de votos: (i) negar provimento ao recurso quanto à matéria amortização do ágio, vencidos os conselheiros Edeli Pereira Bessa (relatora) e Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, que davam provimento, votando pelas conclusões do voto vencedor o conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado; e (ii) negar provimento ao recurso quanto à matéria “multa isolada concomitante”, vencidos os conselheiros Edeli Pereira Bessa (relatora) e Luiz Tadeu Matosinho Machado, que davam provimento. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro Luis Henrique Marotti Toselli. Manifestou intenção de apresentar declaração de voto o Conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado.

Assinado Digitalmente

Edeli Pereira Bessa– Relatora

Assinado Digitalmente

Luis Henrique Marotti Toselli– Redator Designado

Assinado Digitalmente

Luiz Tadeu Matosinho Machado – Presidente em exercício

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Luis Henrique Marotti Toselli, Maria Carolina Maldonado Mendonca Kraljevic, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Helder Jorge dos Santos Pereira Junior e Luiz Tadeu Matosinho Machado (Presidente em exercício). Ausentes os conselheiros Jandir José Dalle Lucca e Fernando Brasil de Oliveira Pinto.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso especial interposto pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ("PGFN") em face da decisão proferida no Acórdão nº 1402-006.050, na sessão de 21 de setembro de 2022, nos seguintes termos:

Acordam os membros do colegiado, em face do empate no julgamento, conforme determinação do art. 19-E da Lei nº 10.522/2002, acrescido pelo art. 28 da Lei nº 13.988/2020, dar provimento ao recurso voluntário para reconhecer a amortização do ágio e cancelar os Autos de Infração de IRPJ, de CSLL e de multa isolada, vencidos os Conselheiros Marco Rogério Borges, Evandro Correa Dias, Carmen Ferreira Saraiva e Paulo Mateus Ciccone que negavam provimento. Os Conselheiros Antonio Paulo Machado Gomes e Junia Roberta Gouveia Sampaio votaram com o Relator pelas conclusões.

A decisão recorrida está assim ementada:

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

Ano-calendário: 2015, 2016, 2017

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. OPERAÇÃO REALIZADA POR MEIO DE SOCIEDADE ADQUIRIDA PARA TAL FIM. PROPÓSITO NEGOCIAL. REQUISITOS NORMATIVOS ATENDIDOS. LEGALIDADE. AUTOS DE INFRAÇÃO ANULADOS.

Havendo o atendimento dos requisitos normativos, pode o contribuinte amortizar o ágio nos termos da lei, não se configurando a aquisição de sociedade infração.

MULTA ISOLADA CONCOMITANTE COM MULTA DE OFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 105 DO CARF.

Não cabe aplicação concomitante da multa isolada por falta de recolhimento de estimativas e de multa de ofício, quando ambas tiverem a mesma base, nos termos da Súmula 105 do CARF.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO (CSLL)

Ano-calendário: 2015, 2016, 2017

CSLL. MESMAS NORMAS DE APURAÇÃO DO IRPJ. ART. 57 DA LEI 8.981/95. ÁGIO.

À CSLL são aplicáveis as mesmas normas de apuração das do IRPJ. Salvo se houver alguma peculiaridade que justifique a exceção, também se aplica ao ágio.

O litígio decorreu de lançamentos dos tributos incidentes sobre o lucro apurados nos anos-calendário 2015 a 2017, a partir da constatação de exclusões indevidas de ágio não amortizável, com repercussão, também, na apuração das estimativas mensais de alguns meses dos anos-calendário autuados. A autoridade julgadora de 1ª instância manteve integralmente a exigência (e-fls. 896/910). O Colegiado *a quo*, por sua vez, deu provimento ao recurso voluntário *para reconhecer a amortização do ágio e cancelar os autos de infração de IRPJ, de CSLL e de multa isolada* (e-fls. 1187/1200).

Os autos do processo foram remetidos à PGFN em 07/11/2022 (e-fl. 1201) e em 07/12/2022 retornaram ao CARF veiculando o recurso especial de e-fls. 1202/1251 no qual a Fazenda aponta divergências reconhecidas no despacho de exame de admissibilidade de e-fls. 1255/1266, do qual se extrai:

1) Somente se admite a dedutibilidade do ágio pago quando houver confusão patrimonial entre a investida e a real investidora

Em relação a esta primeira arguição de divergência, foram indicados como paradigmas os Acórdãos nº 9101-002.213 e nº 9101-002.962, cujas ementas dispõem o seguinte, no relevante:

[...]

Para fins de cotejo e demonstração da divergência jurisprudencial, a Recorrente transcreve com destaques trechos dos votos condutores do acórdão recorrido e dos paradigmas, para após concluir pela demonstração da divergência, nos seguintes termos:

[...]

Da situação fática assemelhada:

Tanto o acórdão recorrido, quanto os acórdãos paradigmas tratam do aproveitamento da amortização fiscal do ágio referenciando o mesmo arcabouço jurídico, porém com conclusões diversas para fatos relevantes assemelhados, inclusive envolvendo em todos eles o processo de internalização de ágio gerado no exterior através de empresa constituída no Brasil (internalização do ágio) em que há aporte de capital de outra empresa do grupo para a aquisição do investimento no Brasil.

Em ambos os paradigmas, firmou-se a tese de que a amortização do ágio só pode ser reconhecida quando houver a confusão patrimonial entre a investida e a **real investidora**, afastando a possibilidade de intermediação ou de interposição por meio de outras pessoas jurídicas (empresas veículo), independente de haver ou não propósito negocial.

Da existência de divergência:

Da contraposição dos fundamentos expressos nas ementas e nos votos condutores dos acórdãos, evidencia-se que **a recorrente logrou êxito ao demonstrar a ocorrência do alegado dissenso jurisprudencial.**

Os paradigmas apresentam a seguinte tese: a dedução autorizada pelo artigo 386 do RIR/99 decorre da necessidade de haver encontro no mesmo patrimônio da participação societária adquirida com o ágio pago por essa participação. Em face dessa "confusão patrimonial" entre o investimento e o ágio pago pela sua aquisição **pelo real investidor**, somente nessa situação a legislação admitiria que o contribuinte considere perdido o seu capital investido com o ágio e, assim, deduza a despesa que ele teve quando da sua aquisição. Ou seja, os paradigmas deixam claro que não admitem a existência de intermediação ou de interposição por meio de outras pessoas jurídicas (empresas veículos), **mesmo que haja propósito negocial nas operações**, pois senão, estar-se-ia descaracterizando o critério pessoal da hipótese de incidência e, por consequência, aplicação dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 e dos artigos 385 e 386 do RIR/99, resultando na impossibilidade da amortização do ágio.

De outro lado, no acórdão recorrido essa premissa jurídica da necessidade de "confusão patrimonial" entre a investida e o ágio pago pela sua aquisição pelo real investidor é flexibilizada ou praticamente desconsiderada na medida em que não vislumbra qualquer irregularidade nessas operações societárias em que restou configurada a utilização lícita de interposição de pessoa jurídica com propósito negocial, **no caso específico, não se vislumbrou qualquer óbice para considerar a AYMSPE que recebeu aporte de capital (na forma de aumento de capital) para poder realizar os investimentos no Brasil e consequente aquisição da CADENSE.**

A fim de corroborar a conclusão acima, seguem abaixo trechos relevantes dos respectivos julgados confrontados:

[...]

Conclusão:

Por todo exposto, proponho que seja admitida a presente matéria, em relação aos dois paradigmas apresentados em face da configuração do dissídio jurisprudencial.

2) Possibilidade de cumulação da multa isolada e multa de ofício (a partir de 2007)

Em relação à segunda arguição, suscita-se divergência em relação à **concomitância da multa isolada com a multa de ofício para períodos a partir de 2007** (posteriores a vigência da MP nº 356, de 22 de janeiro de 2007, convertida na Lei nº 11.488/2007, de 15 de junho de 2007).

Em relação a esta matéria, a Recorrente apresentou como paradigmas os acórdãos nº 9101-003.596 (1ª Turma da CSRF) e nº 9101-00.9471 (1ª Turma da CSRF), acessíveis mediante consulta ao sítio do CARF, não reformados até a presente data, e que receberam as seguintes ementas:

[...]

Análise do 1º Paradigma (Ac. nº 9101-003.596):

Há identidade jurídica¹ e similitude fática entre os dois julgados confrontados. Isso porque em ambos os casos os respectivos colegiados foram instados a se pronunciar sobre a concomitância de multas isoladas e multa de ofício, em lançamentos efetuados após o encerramento do exercício, no que diz respeito a fatos geradores posteriores à edição da MP 351/2007 convertida na Lei 11.488/2007. Portanto, tanto o acórdão recorrido quanto o primeiro paradigma trataram de fatos geradores ocorridos já na vigência das regras instituídas pela MP nº 351/2007, convertida na Lei nº 11.488/2007.

Nesse contexto, a Recorrente logrou êxito na demonstração da divergência nos termos por ela proposto.

No caso em apreço, o acórdão recorrido aplicou o princípio da consunção, cancelando integralmente as multas isoladas pela total impossibilidade de seu lançamento quando já aplicadas multas de ofício, mesmo lidando-se com períodos vigentes a partir de 2007, após as alterações promovidas pela Lei nº 11.488/2007, de 2007, no art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996. Ademais o referido julgado considerou ainda que estaria diante de matéria sumulada (Súmula CARF

¹ Inciso II, do art. 44, da Lei 9.430/96, com a redação da Lei 11.488/07

nº 105), divisando estar diante de um mesmo fundamento jurídico após as referidas alterações legislativas (art. 44 § 1º, inciso IV, da Lei nº 9.430, de 1996).

Confira-se a esse respeito passagem relevante do voto condutor do acórdão recorrido:

[...]

Por outro lado, examinando-se o primeiro paradigma, verifica-se que o mesmo abraça entendimento diametralmente oposto, ou seja, afastou a aplicação da referida Súmula do CARF nº 105 (entende aplicar-se apenas aos fatos geradores anteriores a 2007), bem assim a existência da denominada "concomitância com a multa de ofício" aplicada sobre o imposto devido anualmente, para os períodos vigentes a partir de 2007, **depois das alterações promovidas pela Medida Provisória nº 351, de 2007, no art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996.**

Portanto, o primeiro paradigma merece ser admitido (Ac. nº 9101-003.596).

Análise do 2º Paradigma - Ac. nº 9101-00.947

De plano, em relação ao 2º paradigma apresentado, verifico que as situações não são comparáveis porque os acórdãos (recorrido e 2º paradigma) foram exarados à luz de arcabouços normativos diversos, implicando assim em incidências jurídicas também diversas, não se podendo assim estabelecer a divergência.

O relatório e voto condutor do acórdão recorrido deixam bem claro que a presente controvérsia tratou de períodos sob a égide da Lei nº 11.488, de 2007 (Anos-calendário **de 2015 e 2017**).

O acórdão recorrido decidiu pela impossibilidade de haver concomitância da multa de ofício com a multa isolada sobre as estimativas não pagas- nos anos-calendário de **2015 a 2017**— já na vigência da nova redação dada à legislação que trata da multa isolada (Medida Provisória nº 351, de 2007, convertida na Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007).

Por outro lado, o segundo paradigma apreciou exigência relativa a período bem anterior à alteração do art. 44 da Lei no 9430/96 pela Lei no 11.488/2007 (tratava-se do ano-base 1998), anterior, portanto, aos períodos em consideração nos presentes autos, que já se deu sob a vigência da **Medida Provisória nº 351, de 2007, convertida na Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007.**

Como é sabido, acórdãos exarados à luz de arcabouços normativos diversos, configurados em momentos distintos não dá ensejo a dissídio jurisprudencial, caracterizando a apresentação de **paradigma anacrônico**.

De fato, a despeito de estar tratando de período de apuração bem mais remoto (1998), o paradigma traz um argumento subsidiário expressando também entendimento de haver possibilidade de convivência das duas multas (isolada e de ofício) mesmo a partir do ano-base 2007 com o advento da Lei no 11.488/2007.

Além destes argumentos, é necessário destacar que a Medida Provisória nº 351, de 22 de janeiro de 2007, convertida na Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007, veio a disciplinar posteriormente a aplicação de multas nos casos de lançamento de ofício pela Administração Pública Federal.

(...)

Logo a seguir o voto condutor ressalva que esse novo disciplinamento “*passaram a vigor somente a partir de janeiro de 2007*”, reforçando ainda mais tratar-se de um *obiter dictum*. Confira-se:

Porém, este novo disciplinamento das sanções administrativas aplicadas no procedimento de ofício **passaram a vigor somente a partir de janeiro de 2007**, portanto, após os fatos de que tratam os autos. (Destacou-se).

E tomando em consideração esse adendo – feita em sede de acórdão em embargos para fins de esclarecimento de uma obscuridade - a Recorrente toma-o como relevante a ponto de tornar tal paradigma elegível para a presente divergência.

Mas, tal adendo, repita-se, obviamente trata-se de um *obiter dictum* pelo fato óbvio de que não se está julgando nenhuma multa isolada lançada em períodos posteriores à edição daquela novel legislação. Por outro lado, apenas se o enfoque for considerado para o período em julgamento (1998), **então somente neste caso** pode-se dizer que estar-se-ia se utilizando de um fundamento subsidiário (no caso um argumento a *contrario sensu*) visando reforçar o afastamento da multa isolada para período anterior (1998).

Nitidamente nessas passagens, se o enfoque fosse apenas para os períodos posteriores a 2007, verifica-se que o voto condutor **diria muito mais do que os fatos daquele processo demandariam**, sinalizando um claro *obiter dictum*. Ora, é de se esperar sempre que o colegiado acompanhe a *ratio decidendi* que diz respeito aos fatos daquele processo, e não razões outras elencadas para subsumir fatos hipotéticos que ultrapassam o objeto da lide (hipótese de concomitância posterior à novel legislação). Os membros do colegiado não precisavam concordar com tal fundamento subsidiário justamente porque não se julgava fatos geradores que estivessem sob a luz daquele novo regramento. (Lei no 11.488/2007), pois este, repita-se, não era o objeto da controvérsia.

Em resumo, o adendo final feito neste segundo paradigma e que foi utilizado pela Recorrente para pretender demonstrar uma divergência, é considerado fundamento relevante apenas para amparar o afastamento da multa isolada no período em consideração (1998), mas para períodos posteriores a 2007, não passam de um *obiter dictum*, e como tal, obviamente não se presta a fundamentar uma divergência.

E como é sabido, para que se demonstre a divergência entre decisões que são confrontadas, é requisito indispensável que ambas decidam sobre a mesma matéria, sobre situação fática e jurídica equivalentes (o que não é o caso já que estão sob legislações diversas) e com decisões contrárias.

O segundo paradigma (Ac. nº 9101-00.947) em consideração, é portanto, anacrônico, devendo ser afastado.

Conclusão:

Por todo exposto, proponho que seja admitida as duas arguições de divergência, porém, a segunda arguição será admitida apenas em face do 1º paradigma (Ac. nº 9101-003.596), uma vez que o segundo paradigma (Ac. nº 9101-00.947) é anacrônico (arcabouços jurídicos distintos). (*destaques do original*)

A PGFN refere a *sequência fática verificada no processo de aquisição da CADENCE (JCS Brasil) pelo grupo JARDEN CONSUMER SOLUTIONS, através da empresa-veículo AYMSPE, e aduz:*

Percebe-se, pois, que o cerne da controvérsia reside no fato de que, para a fiscalização, o investimento na CADENCE foi promovido e custeado pela sociedade domiciliada nas Bahamas HOLMES PRODUCTS (FAR EAST) LIMITED. A integralização de capital na AYMSPE ocorreu apenas para que esta formalmente figurasse como adquirente da CADENCE. Noutras palavras, segundo o Fisco, a AYMSPE foi usada como mera “extensão de caixa” de sua controladora estrangeira, sendo que foi esta quem na verdade promoveu e custeou a operação.

A recorrente, por sua vez, não nega os fatos apontados, mas defende que juridicamente foi a AYMSPE quem adquiriu a CADENCE.

Diante das referidas operações e diante da acusação fiscal de utilização de empresa veículo como **mera ponte de recursos e da ausência de confusão patrimonial entre o real adquirente (investidora de fato) e a investida**, o colegiado ora recorrido afastou a acusação, conforme transcrições do voto condutor do julgado, *in verbis*:

[...] (*destaques do original*)

E afirma a divergência em face do paradigma nº 9101-002.213 que, *diante de base fática semelhante, reconheceu que a dedutibilidade do ágio só pode ser reconhecida quando houver a confusão patrimonial entre a investida e a real investidora, o que não ocorreu no caso em apreço e nem nos acórdãos paradigmas.*

Discorre sobre a operação tratada no referido paradigma, e assim pontua, antes de apresentar quadro comparativo das situações fáticas:

Tendo-se fixado a real adquirente da participação societária da COLUMBIAN CHEMICALS BRASIL, constata-se que a incorporação da CC ACQUISITION BRASIL (“empresa veículo”) pela COLUMBIAN CHEMICALS BRASIL (empresa investida) não torna o ágio passível de dedução, uma vez que a interpretação literal da Lei nº 9.532/1997 somente autoriza a dedução do ágio quando ocorre a “confusão patrimonial” entre a investida e a sua real investidora.

Na sequência, refere o paradigma nº 9101-002.962 e, depois de transcrever excertos do relatório e voto da decisão, arremata:

Nesse julgamento a CSRF conclui em sentido diametralmente oposto ao acórdão ora recorrido, fazendo observação extremamente pertinente no sentido de que se deve consumir a confusão de patrimônio entre **real investidora e investida**.

Cabe notar, em atenção à configuração da divergência jurisprudencial, que em operações na qual a pessoa jurídica que efetivamente suportou o ágio não é a mesma que, formalmente, figurou como investidora no negócio jurídico, em clara violação ao que preceitua os arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97, a CSRF rechaçou a dedutibilidade das despesas decorrentes de amortização de ágio.

Portanto, fica demonstrada a divergência jurisprudencial, considerando-se que o acórdão recorrido **concluiu ser possível a dedutibilidade do ágio sem a ocorrência da confusão patrimonial entre a investida e a real investidora.**

Por outro lado, o paradigma defende que não tendo havido a confusão patrimonial entre a real adquirente e o investimento adquirido e não se observando o disposto no artigo 7º da Lei nº 9.532/1997, não há como ser autorizada a dedução do ágio.

Nesse contexto, é cristalina a demonstração de divergência acerca do disposto nos artigos 247; 274; 385; 386 (em especial caput, inciso III e § 6º, inciso II); 391, todos do Regulamento do Imposto de Renda aprovado pelo Decreto n. 3.000/1999; nos artigos 177 e 179 (em especial, inciso V), da Lei 6.404/1976; nos artigos 7º (especialmente caput e inciso III) e 8º (com atenção para a alínea “b”); no artigo 20 do Decreto-Lei nº 1.598/1977. *(destaques do original)*

Argui divergência quanto à *possibilidade de cumulação da multa isolada e a multa de ofício*, consignando que:

O acórdão ora recorrido, proferido pela e. Turma Ordinária a quo, afastou a aplicação da multa isolada prevista no art. 44, II, alínea “b”, da Lei nº 9.430/96, em relação a período posterior ao advento da Medida Provisória nº 351/2007 (convertida na Lei nº 11.488/2007), que alterou a redação do art. 44 da Lei nº 9.430/96.

Vê-se, portanto, que a e. Turma Ordinária a quo entendeu que, incidindo a multa de ofício de 75% prevista no art. 44, inciso I da Lei nº 9.430/96, incabível é a aplicação da denominada multa de ofício isolada, mesmo após o advento da Medida Provisória nº 351/2007.

A respeito do tema, o voto condutor do acórdão recorrido consignou o seguinte, *in verbis*:

[...]

Diferentemente, a e. Primeira Turma da CSRF considerou ser legítima, **a partir do ano-calendário 2007**, a aplicação cumulativa das duas multas, nas bases em que lançadas, uma vez que decorrem de infrações diversas, razão por que não há que se falar em *bis in idem*, além do que entendeu não ser aplicável a Súmula CARF nº 105, na hipótese em que a penalidade foi exigida após as alterações promovidas pela Medida Provisória nº 351, de 2007, no art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996.

Eis a ementa do acórdão paradigma nº **9101-003.596**:

[...]

Registre-se que no acórdão acima transcrito, indicado como paradigma, discutiu-se a possibilidade de cobrança concomitante da multa isolada, com suporte no disposto no art. 44, II, b, da Lei nº 9.430, de 1996, com a multa de ofício em relação ao ano-calendário de 2008.

Uma vez relatado o contexto em que foi proferido o acórdão paradigma, transcreve-se trecho do voto proferido pelo relator do julgado, a fim de melhor demonstrar a divergência jurisprudencial:

[...]

Note-se que o acórdão recorrido considera incabível a aplicação concomitante da multa de ofício e da denominada multa isolada prevista no art. 44, inc. II, alínea “b”, da Lei nº 9.430/96, para o ano de 2010, por entender que, mesmo para esse período, seria aplicável a Súmula CARF nº 105.

Por outro lado, o acórdão apontado como paradigma, considera, em clara divergência com o acórdão recorrido, ser cabível a aplicação da multa de ofício em concomitância com a multa isolada prevista para penalizar o contribuinte que não cumpre a sistemática de recolhimento mensal do tributo com base no regime de estimativa, pela totalidade das suas bases de cálculo, afastando ainda a aplicação da Súmula CARF nº 105.

Sendo assim, o acórdão ora recorrido, ao afirmar que sobre determinada parcela deve subsistir apenas uma das multas, diverge do acórdão paradigma, que entende ser plenamente possível a exigência de ambas as multas, por se referirem a infrações distintas, mormente em face da alteração legislativa promovida pela Medida Provisória nº 351/2007 (convertida na Lei nº 11.488/2007) na redação do art. 44 da Lei nº 9.430/96.

De fato, conforme a tese esposada no acórdão indicado como parâmetro de divergência, a multa de ofício decorre da omissão de rendimentos tributáveis, enquanto a multa isolada decorre do não cumprimento, pelo contribuinte, do regime de antecipação mensal do pagamento do imposto. *(destaques do original)*

Prossegue afirmando a divergência jurisprudencial em face do paradigma nº 9101-00.947 – rejeitado no exame de admissibilidade – e entende *evidenciado o dissídio jurisprudencial existente no que toca à possibilidade, ou não, de aplicação concomitante da multa isolada e da multa de ofício a partir de 2007.*

No mérito da primeira matéria, defende a reforma do recorrido argumentando que:

De início, cumpre tecer breves considerações sobre o ágio e a sua dedutibilidade na apuração da base de cálculo do IRPJ e da CSLL.

Em apertada síntese, entende-se por ágio ou deságio a diferença entre o valor de patrimônio líquido de uma participação societária (proporcional à participação do sócio no capital social da empresa) e o seu custo de aquisição (montante pelo qual ela é negociada entre as partes contratantes). Se o valor de aquisição for maior que o patrimonial, ter-se-á ágio, se for menor, deságio.

No que tange aos investimentos realizados em sociedade coligada ou controlada, de acordo com o artigo 385 do RIR/99, em função do método de avaliação com base na equivalência patrimonial, o correspondente preço do ágio ou deságio deverá ser registrado **pela parte que o suporta** em conta distinta daquela onde é escriturado o valor patrimonial do investimento (desdobramento do custo de aquisição).

Na apuração do lucro real e do resultado do exercício ajustado para fins de incidência da CSLL, usualmente, a amortização do ágio ou deságio não é deduzida ou tributada. Via de regra, a dedução ou tributação dessa amortização no âmbito do IRPJ e da CSLL somente ocorrerá quando o investimento que lhe deu origem for alienado ou liquidado (arts. 391 e 426 do RIR/99), quando então o ágio ou deságio é incluído no preço de aquisição do investimento que está sendo extinto.

Tal regra, todavia, não se aplica a certas hipóteses de incorporação, fusão ou cisão, quando a inclusão da amortização do ágio ou deságio na base de cálculo do IRPJ e da CSLL **será admitida** independentemente da alienação ou liquidação do investimento.

De acordo com o artigo 386 do RIR/99, o qual repete os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, quando uma pessoa jurídica absorve patrimônio de outra em consequência de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o artigo 385 do RIR/99, e o valor de mercado utilizado for embasado na previsão dos resultados de exercícios futuros, é possível desde já a dedução ou tributação da amortização do correspondente ágio ou deságio na apuração do IRPJ e da CSLL.

Por meio dessa exceção, a legislação tributária **considera que o investimento foi extinto com a incorporação, fusão ou cisão patrimonial**. Tal dedução ou tributação, contudo, observará certas condições estipuladas na legislação (por exemplo, amortização de no mínimo 1/60 para cada mês do período de apuração, etc).

É importante esclarecer que os arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97 **não instituíram um favor fiscal nem subvenção àqueles que adquiriram investimentos com o pagamento de ágio** (não é porque se pagou ágio que se poderá deduzir sua amortização para fins fiscais).

Em verdade, desde o Decreto-Lei 1.598/77, já era bastante claro que o ágio **não seria amortizável da base de cálculo do IRPJ**, mas comporia o custo do investimento na sua alienação. Confira-se:

[...]

Ocorre que **na extinção do investimento com a incorporação**, o efeito de reduzir a base de cálculo do IRPJ na alienação desse investimento (mediante a agregação do ágio ao seu custo – art. 33 do DL 1598/77) restaria inviabilizado. Por esse motivo, os arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97 permitiram que na incorporação do investimento fosse possível amortizar o ágio. Confira-se a doutrina de EDMAR OLIVEIRA ANDRADE FILHO²:

De fato, na forma do art. 391 do RIR/99, as contrapartidas da amortização do ágio ou deságio não serão computadas na determinação do lucro real, salvo quando ocorrer a alienação ou baixa do investimento. Assim sendo, o valor do ágio ou deságio amortizado e que afetar o resultado do período deverá ser adicionado ou excluído do valor do resultado do período para fins de determinação do lucro real. Esse mesmo valor será controlado na Parte B do LALUR para futura exclusão ou adição, que deverá acontecer no período em que ocorrer a alienação ou baixa do valor do investimento. A exclusão, correspondente ao valor do ágio amortizado, só não será automática se a

² Imposto de renda das empresas. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 434.

alienação ou liquidação do investimento ocorrer em situação na qual o valor da eventual perda não pudesse ser considerado dedutível.

(...)

A neutralidade do ágio ou deságio amortizado não existe em casos de incorporação, fusão ou cisão. De fato, de acordo com o art. 386 do RIR/99, que tem por matriz legal o art. 7º da Lei nº 9.532/97, e também o art. 10 da Lei nº 9.718/98, 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:

(...)

Sob o aspecto funcional, tais regras estabelecem procedimentos que devem ser adotados para as aquisições em que a sociedade investidora mantenha em sua escrituração contábil, ágio ou deságio na aquisição de investimentos em empresa que venha incorporar total ou parcialmente (caso de cisão parcial seguida de incorporação). Com isso, não mais é permitido que o valor de um ágio pago na aquisição de investimento possa ser totalmente amortizado, quando da aquisição se segue a fusão, ou incorporação pela investidora, da sociedade investida. Na verdade, nessas hipóteses, não havia simples amortização de ágio, mas efetiva baixa do valor, como ganho ou perda de capital.

(...)

As referidas normas regulam, grosso modo, o encontro – num mesmo patrimônio – do ágio ou deságio com os bens que lhes serviram de origem e que estavam originalmente em sociedades distintas.

Portanto, a finalidade do disposto nos arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97 é regular o efeito fiscal da recuperação do ágio na aquisição do investimento, **quando este é extinto mediante a incorporação**. Se é essa a finalidade do dispositivo legal, **não faz sentido permitir a amortização quando não há extinção nem do investidor e nem da sociedade investida**. Esta é a questão que impõe seja solucionada no presente caso.

Tal como destacado pelo Auditor responsável pelo lançamento, o principal aspecto que impede a dedutibilidade do ágio registrado pela AYMSPE quando da aquisição da CADENCE é o fato de que, na verdade, **não foi essa empresa** (que na data do contrato de compra e venda tinha capital social de quinhentos reais), **que adquiriu a participação, mas sim sua controladora estrangeira**, que assumidamente a capitalizou para este fim.

Por certo, da leitura do artigo 386 do RIR/99, observa-se que a dedutibilidade da amortização de um ágio decorre do encontro num mesmo patrimônio do investidor com o investimento. Em face dessa confusão patrimonial, a legislação **admite que o contribuinte considere perdido o investimento** adquirido com o ágio e, assim, deduza a despesa que teve com essa “mais valia”.

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

Está evidente nos fatos acima demonstrados que o grupo estrangeiro JARDEN CONSUMERS SOLUTIONS, desejoso de adquirir a empresa brasileira CADENCE, percorreu caminho **sinuoso**, com finalidade de obter o benefício tributário da amortização do ágio, ao invés de promover a pura e simples compra das participações societárias.

Adquiriu-se e capitalizou-se (29/05/2014) empresa de prateleira, a AYMSPE, utilizando-a como mero **veículo** interposto entre investidor e investida, a fim de “internalizar o ágio a ser pago”, possibilitando uma futura incorporação entre uma empresa operacional e uma “casca vazia”, a fim de atender o pressuposto do art. 386 do RIR/99 para a dedutibilidade do ágio.

Com a devida vênia, não se trata de objeto social legítimo a justificar a existência de um empreendimento (e muito menos a fruição do tratamento tributário decorrente de sua incorporação).

E sendo assim, a incorporação envolvendo essa empresa-veículo (seja na condição de incorporadora, seja na de incorporada), não dá ensejo à união do investimento com o investidor, única hipótese que autorizaria a amortização do ágio.

O contribuinte lança mão de **argumentos genéricos e trivialidades para justificar a interposição da empresa-veículo**, conferindo-lhe um suposto propósito negocial. Tais argumentos tentam apenas criar “falsos problemas”, descrevendo situações absolutamente triviais e de ínfima importância no contexto de um investimento, como se fossem empecilhos que precisavam ser contornados pela utilização provisória de uma holding nacional.

Veja-se que o propósito negocial genérico de “*viabilizar o pagamento no Brasil sem necessidade de câmbio*”, é “propósito” invocável em toda e qualquer operação de aquisição onde o comprador é agente estrangeiro. Cabe, todavia, avaliar se é **justificativa plausível como fundamento** para a constituição de uma subsidiária num país estrangeiro. Com a devida vênia, não convence que a simples necessidade de operar um punhado de operações de câmbio tenha uma sociedade estabelecida no país como pressuposto. Basta ver que não é essa a realidade das milhares e milhares de pessoas jurídicas estrangeiras que realizam operações de câmbio todos os dias em operações, no mercado brasileiro, de importação, exportação, investimentos bursáteis, aportes de capital e aquisição de participações societárias que não visam o aproveitamento de ágio por rentabilidade futura.

O contribuinte, com tão singela e genérica alegação, busca flanco para que **qualquer sociedade estrangeira, em qualquer aquisição internacional**, possa internalizar o ágio pago na aquisição de participação societária brasileira, independentemente da afirmação ser verdadeira ou não, independentemente de existir ou não a intenção de manter uma estrutura efetiva de holding no país sobre a empresa operacional adquirida ou de reunir investidor e investida.

Não por outro motivo, a jurisprudência da CSRF se consolidou no sentido de **não admitir a amortização fiscal do ágio pago por sociedade de prateleira, constituída ou adquirida exclusivamente para fins da aquisição geradora do ágio**. A análise que tem sido empreendida na Câmara Superior de Recursos Fiscais abstrai de supostos **objetivos colaterais** (que sempre poderão ser “tirados da cartola”, como os apresentados acima) que se supostamente tenham ensejado a imperiosidade da aquisição mediante interposta pessoa jurídica que,

miraculosamente, não se revela mais tão imperiosa passados poucos meses da aquisição.

O real adquirente da participação societária, é aquele que tem evidente e **substantiva** preexistência à aquisição, que é titular do *animus* e dos recursos para adquirir e manter o empreendimento adquirido. Se esta sociedade não incorporar ou for incorporada pelo investimento, não se tem por atendida a dimensão material do pressuposto do art. 386 do RIR/99.

Não há subsunção à norma autorizadora da antecipação do aproveitamento fiscal do ágio mediante amortização quando se cria ou utiliza sociedade sem finalidade outra que não servir de **extensão de caixa da real interessada no negócio** (real adquirente), apenas para ser absorvida pela adquirida (ou, no sentido inverso, absorvê-la).

Cumprir destacar, com respeito ao caso em apreço, o fato adicional de que, assim que completada a aquisição e os gastos a ela associados, o saldo remanescente do aumento de capital providenciado 6 meses antes foi devidamente restituído ao sócio mediante redução de capital em 11/12/2014, reforçando, a não mais poder, o caráter absolutamente efêmero, circunstancial, instrumental, da AYMSPE e mostrando sua verdadeira natureza. Trata-se da prova cabal de que a AYMSPE nada mais era do que uma “conta-corrente com CNPJ” da sua controladora, uma verdadeira extensão de seu caixa.

Ademais, é importante chamar a atenção para um argumento do contribuinte que revela sua equivocada percepção a respeito das regras veiculadas nos artigos 385 e 386 do RIR/99.

Diz ela, em outras palavras, que a amortização fiscal do ágio *seria possível mesmo sem o uso da empresa-veículo, pois a JARDEN CONSUMERS SOLUTIONS possuía outras sociedades operacionais e com efetiva substância econômica (Mucambo, Lilo, Sobral Invicta) que poderiam ter feito a aquisição e incorporado a CADENCE, tornando dedutível a amortização do ágio pago.*

De fato, se uma dessas sociedades efetivamente tivesse adquirido e absorvido a CADENCE, está fora de questão que a amortização do ágio seria dedutível. Estaria satisfeita a condição posta na Lei. Na verdade, se era opção tão simples e evidente para o grupo econômico, não se entende porque assim não fez.

Acontece que nenhuma dessas sociedades efetivou a aquisição. Sequer consta que tivessem capacidade financeira para realizar o investimento. E tampouco consta que alguma delas teve suas operações reunidas à operação da investida CADENCE. **Trata-se de evidência de que a intenção do grupo JARDEN CONSUMERS SOLUTIONS era mesmo manter as operações de cada uma de suas subsidiárias separadas.** Ora, em não havendo reunião em um mesmo patrimônio do investimento e das “potenciais” (imaginárias) investidoras que o grupo detinha em território nacional, **deixa de ter qualquer fundamento ou mínima relevância o argumento da contribuinte.**

Cabe também ressaltar que, caso uma dessas subsidiárias tivesse adquirido e incorporado a CADENCE, ainda caberia analisar se elas o fizeram a partir de iniciativa própria ou se foram **usadas** como “extensão de caixa” do controlador estrangeiro, isto é, se não foram meras repassadores de recursos deste para os vendedores – pois o fato da sociedade ser operacional não impede que ela seja **usada como veículo** numa operação específica que não é de seu interesse, mas

do controlador. Porém, repita-se, nada disso ocorreu e são apenas conjecturas propostas pela empresa autuada que nada têm a ver com o caso concreto.

Outro argumento destacado pelo contribuinte é que “a lei fiscal permite a adoção, já que não impede, de empresas-veículos e transferências de ágio, da mesma maneira, objetivando a fruição de um benefício fiscal previsto em lei”.

Como já mencionado, tal entendimento parte da equivocada **crença de que existe um direito subjetivo de amortizar o ágio fiscalmente, o que possibilitaria “criar”, mesmo que artificialmente, as condições para a amortização do ágio pago com fundamento da expectativa de rentabilidade. Isto é absolutamente improcedente!**

Não existe um “direito de utilizar o benefício fiscal do ágio na aquisição de empresas”. O pagamento do ágio **não dá ao contribuinte direito algum** referente à amortização. O que confere o direito de deduzir a despesa de amortização, como já demonstrado, é a **absorção**, pelo adquirente, do patrimônio adquirido. A legislação simplesmente determinou um certo efeito tributário, benéfico ao contribuinte, **cabível se e quando vier a ocorrer a união de patrimônios**.

Leia-se: **legítima e real união de patrimônios**, entre adquirente e adquirida. **Afinal de contas, em nenhum momento a lei determina (ou permite ou induz) que o contribuinte “busque” uma forma de realizar uma união de patrimônios qualquer**. A união de patrimônios é **causa, pressuposto** da amortização fiscal do ágio, e não o **objetivo** dela. E como **pressuposto legal** de um tratamento fiscal benéfico (**exceção à regra** de que o custo de aquisição só produz efeito fiscal quando da apuração do ganho em sua alienação – arts. 391 e 426 do regulamento), deve ser observado em sua dimensão material, e não meramente formal.

Não obstante a clareza elementar do acima exposto, faz-se de bom alvitre uma **breve digressão sobre o contexto histórico** no qual surgiu o regramento especial de dedução do custo de aquisição referente ao ágio.

Neste intuito, pede-se vênua para transcrever o minucioso relato feito na declaração de voto do eminente Conselheiro André Mendes de Moura, da Câmara Superior de Recursos Fiscais, proferida no Acórdão 9101-002.213, na sessão de fevereiro de 2016:

*“Na realidade, vale discorrer sobre o **contexto histórico** em que se deu o permissivo para o aproveitamento do ágio nessa segunda situação.*

Iniciamos pela Exposição de Motivos da MP nº 1.602, de 1997³, que, posteriormente, foi convertida na Lei nº 9.532, de 1997.

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

Atualmente, pela inexistência de regulamentação legal relativa a esse assunto, diversas empresas, utilizando dos já referidos “planejamentos tributários”, vem utilizando o expediente de adquirir empresas deficitárias, pagando ágio pela participação, com a finalidade única de

³ Exposição de Motivos publicada no Diário do Congresso Nacional nº 26, de 02/12/1997, pg. 18021 e segs, <http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?datSessao=01/12/1997&tipDiario=2>. Acesso em 15/02/2016.

gerar ganhos de natureza tributária, mediante o expediente, nada ortodoxo, de incorporação da empresa lucrativa pela deficitária.

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

Vale observar que, sob a égide do Decreto-Lei nº 1.598, de 27/12/1977, vários contribuintes consideravam os eventos de incorporação, fusão ou cisão análogos à alienação ou liquidação de investimento em coligada ou controlada avaliado pelo valor de patrimônio líquido (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 33, e Decreto-Lei nº 1.730, de 1979, art. 1º, inciso V).

A doutrina abalizada de LUÍS EDUARDO SCHOUER⁴ discorre, com precisão:

Anteriormente à edição da Lei nº 9.532/1997, não havia na legislação tributária nacional regulamentação relativa ao tratamento que deveria ser conferido ao ágio em hipóteses de incorporação envolvendo a pessoa jurídica que o pagou e a pessoa jurídica que motivou a despesa com ágio.

O que ocorria, na prática, era a consideração de que a incorporação era, per se, evento suficiente para a realização do ágio, independentemente de sua fundamentação econômica.

(...)

Sendo assim, a partir de 1998, ano em que entrou em vigor a Lei nº 9.532/1997, adveio um cenário diferente em matéria de dedução fiscal do ágio. Desde então, restringiram-se as hipóteses em que o ágio seria passível de ser deduzido no caso de incorporação entre pessoas jurídicas, com a imposição de limites máximos de dedução em determinadas situações.

Ou seja, nem sempre o ágio contabilizado pela pessoa jurídica poderia ser deduzido de seu lucro real quando da ocorrência do evento de incorporação. Pelo contrário. Com a regulamentação ora em vigor, poucas são as hipóteses em que o ágio registrado poderá ser deduzido, a depender da fundamentação econômica que lhe seja conferida.

(...)

Percebe-se que, em razão de um completo desvirtuamento do instituto, o legislador foi chamado a intervir, para normatizar sobre situações específicas tratando de eventos de transformação societária envolvendo investidor e investida. Nota-se que em diversas oportunidades o ágio, ao ser considerado custo, era aproveitado integralmente, no ato da liquidação do investimento.

Inclusive, no decorrer dos debates tratando do assunto, chegou-se a cogitar que a normatização prevista nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997 teria

⁴ SCHOUERI, Luís Eduardo. Ágio em reorganizações societárias (aspectos tributários). São Paulo : Dialética, 2012, p. 66 e segs.

concebido o aproveitamento do ágio não como uma despesa, mas sim na condição de um benefício fiscal.

Em breves palavras, caso fosse benefício fiscal, o próprio legislador deveria ter tratado do assunto, como o fez na Exposição de Motivos de outros dispositivos da MP nº 1.607, de 1997 (convertida na Lei nº 9.532, de 1997).

Na realidade, a Exposição de Motivos deixa claro que a motivação para o dispositivo foi um maior controle sobre os planejamentos tributários abusivos, que descaracterizavam o ágio por meio de analogias completamente desprovidas de sustentação jurídica.”

Bem contextualizadas as **razões históricas da instituição de regras especiais** para a dedução do ágio quando da extinção do investimento por meio de fusão, cisão ou incorporação entre investidora e investida, se vê que a **razão para a implementação de tais regras** foi coibir o abuso que vinha sendo praticado nas aquisições feitas com ágio visando sua **imediate e integral dedução**. Assim é que se instituíram normas e **hipóteses precisas para a dedução do ágio pago**, dependendo do seu fundamento.

Neste diapasão – e em coerência com o objetivo tomado como pressuposto –, é que o legislador definiu regras para o ágio que, em geral, **impedem sua dedução** mesmo diante do evento de incorporação, inviabilizando os planejamentos indesejados então em voga. No caso do ágio fundado em rentabilidade futura, entretanto, permitiu-se a dedução alongada no tempo, **caso ocorresse, de fato, a extinção do investimento por incorporação, fusão ou cisão**.

Não existe nenhuma evidência de que, por meio das regras instituídas na Lei 9.532/97, o legislador pretendia permitir a dedutibilidade imediata do ágio por rentabilidade futura **per se, isto é, pelo simples fato de ter sido pago**. Portanto, não se faz cabível a insinuação de que o uso de empresa veículo para possibilitar o aproveitamento fiscal do ágio é livre ou “induzido” pela legislação.

Muito pelo contrário. Em sentido **diametralmente oposto**, o que se vê é que o evento que conduz à confusão patrimonial é **pressuposto inafastável** para permitir a dedução da despesa de amortização do ágio, **que em princípio é indedutível** (arts. 391 e 426 do RIR/99). E, como tal, deve ter uma causa que não a própria dedução da despesa de amortização do ágio. Afinal, como poderia algo ser, ao mesmo tempo, **causa e efeito** (obter a dedução ser a causa da incorporação e a incorporação ser a causa da dedução)?

Se o legislador fixou a **união de patrimônios** entre investidora e investida como pressuposto para a amortização do ágio pago na aquisição do investimento, é óbvio que o fez pensando em **verdadeiras operações de reorganização societária**.

Certamente, não era intenção do legislador estimular que grupos econômicos promovessem uma “desorganização societária”, mediante a criação e utilização de empresas veículos e sem propósito comercial (como a AYMSPE), apenas para “forçar” uma posterior “reorganização societária” com a incorporação dessas supostas investidoras **ad hoc**, a fim de incidir **artificialmente** na hipótese inicialmente pensada pelo legislador.

O raciocínio é elementar: se para obter o benefício da amortização do ágio os grupos econômicos estivessem legitimados a fazer **todo tipo de malabarismo societário** para incidir numa união de patrimônios **meramente formal**, bastaria então que a previsão legal fosse no sentido de que “quem adquirir participação

societária com ágio está autorizado a deduzir o valor do ágio para fins fiscais na sociedade de sua escolha”, prevendo os procedimentos contábeis para refletir essa realidade.

Não seria necessário que a Lei tivesse exigido o elemento “decorativo” da absorção do patrimônio adquirido.

Entender que a simples aquisição de participação com ágio é **motivo suficiente para autorizar tais malabarismos** e o uso de sociedades sem substância econômica nem propósito negocial com vistas a obter a amortização do ágio, significa, com todas as vênias, **desconsiderar** o requisito previsto no art 7º da Lei 9.532/97, de que haja a legítima absorção do patrimônio.

É claro que esta não é a posição correta a ser adotada. **Não se presumem, na lei, palavras inúteis.** Se requisitos foram estabelecidos, eles devem ser cumpridos em sua **dimensão material**, não podendo ser aceitas e chanceladas operações meramente formais. Destarte, dúvidas não há quanto à abusividade do planejamento tributário em questão, que cria estruturas **ad hoc**, apenas para fazer incidir artificialmente na hipótese agraciada com o beneplácito da legislação fiscal.

Ao contrário do que alega o contribuinte, o caráter indutor da norma está em antecipar a dedução fiscal do ágio pago, **sob certas circunstâncias que a própria norma estipulou.** Ora, não há que se cogitar que a norma **induz** que se forjem as condições estipuladas na norma!

O entendimento de que se trata de norma de caráter indutor, ainda que correto fosse, em nada alteraria as conclusões do quanto exposto até aqui. Se a norma busca incentivar a concentração da empresa adquirente com a adquirida, não há que se falar que a norma autoriza a constituição de empresa-veículo para dela se beneficiar no plano formal, sem que haja, no plano fático, a concentração incentivada na norma.

Essa engenharia, aliás, é rechaçada pela própria CVM, que assim expôs na Nota Explicativa à Instrução CVM 349/2001, que alterou a instrução CVM 319/99:

*A Instrução CVM nº 319/99, ao prever que a contrapartida do ágio pudesse ser registrada integralmente em conta de reserva especial (art. 6º, § 1º), **acabou possibilitando, nos casos de ágio com fundamento econômico baseado em intangíveis ou em perspectiva de rentabilidade futura, o reconhecimento de um acréscimo patrimonial sem a efetiva substância econômica. A criação de uma sociedade com a única finalidade de servir de veículo para transferir, da controladora original para a controlada, o ágio pago na sua aquisição, acabou por distorcer a figura da incorporação em sua dimensão econômica. Esta distorção ocorre em virtude de que, quando concluído o processo de incorporação da empresa veículo, o investimento e, conseqüentemente, o ágio permanecem inalterados na controladora original. (...). Dessa forma, torna-se necessário que, na avaliação do investimento na controladora, sejam recompostos os montantes da equivalência patrimonial e do ágio remanescente.***

Diante do exposto, deve ser reformado o acórdão recorrido, uma vez que pela incorporação de empresa-veículo interposta na aquisição não se tem como verificado o atendimento ao pressuposto do artigo 386 do RIR/99. *(destaques do original)*

Com respeito à *possibilidade de cumulação da multa de ofício com a multa isolada*, diz que não há, no caso, *hipótese que dispense a exigência*, porque a Contribuinte *optou por recolher o IRPJ e a CSLL pelo regime de estimativa*, mas descumpriu o regime *pois não recolheu integralmente o tributo, e não justificou o não recolhimento mediante a apresentação dos balancetes de suspensão ou redução*.

Contesta a alegação de incidência de *duas penalidades sobre a mesma infração*, vez que não há óbice à aplicação de, *diante de duas infrações tributárias, duas penalidades distintas. O que a proibição do bis in idem pretende evitar é a dupla penalização por um mesmo ato ilícito*.

Diferencia as penalidades aplicadas aduzindo que:

Com efeito, as infrações apenadas pela chamada “multa de ofício” e pela “multa isolada” são diferentes. A multa de ofício decorre do não pagamento de tributo pelo contribuinte. Já a multa isolada decorre do descumprimento do regime de estimativa.

Observe-se, nesse ponto, que essa sistemática de recolhimento se justifica diante da necessidade que possui a União de auferir receitas no decorrer do ano, precisamente a fim de fazer face às despesas em que incorre também nesse período. Caso não ocorresse essa antecipação mensal, a União apenas teria acesso às receitas decorrentes da arrecadação do IRPJ e CSLL ao final do ano-calendário, ou no exercício seguinte, por ocasião do Ajuste Anual.

Logo, observa-se que com a sistemática de pagamento do IRPJ e da CSLL sobre base de cálculo estimada, o contribuinte desses tributos auxilia a União a fazer frente às despesas incorridas durante o ano-calendário, o que não ocorreria se a referida exação apenas fosse paga no exercício seguinte.

Sob essa ótica, percebe-se que o não pagamento de referidos tributos sobre bases estimadas é infração bastante diversa daquela consistente em desrespeito às regras de determinação do lucro real praticada pelo sujeito passivo. Sendo assim, nada impede que dessas infrações resultem penalidades distintas: da infração às normas de determinação do lucro real decorre a multa de ofício prevista no art. 44, I, da Lei nº 9.430/96, enquanto que do descumprimento da sistemática de pagamento do IRPJ e da CSLL sobre base de cálculo estimada decorre a multa isolada prevista no art. 44, II, alínea “b” da mesma Lei.

Note-se, nesse ponto, que a multa de ofício somente será devida caso exista imposto a pagar por ocasião do Ajuste Anual. Por outro lado, a multa isolada será devida ainda que, ao final do período, não reste imposto a recolher, já que a infração da qual resulta essa multa consiste, simplesmente, no descumprimento da sistemática de pagamento por estimativa do IRPJ e CSLL, não possuindo qualquer relação com o pagamento em si do imposto. É o que se extrai do art. 44, II, alínea “b”, da Lei nº 9.430/96, segundo o qual a multa isolada será devida ainda que o contribuinte tenha apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente.

Sendo assim, com a multa isolada o contribuinte está sendo penalizado por não auxiliar a União a fazer frente às despesas incorridas no decorrer dos anos, pelo regime de pagamento de estimativas, e não, propriamente, por não pagar o IRPJ e a CSLL, até por que, como se percebe da Lei nº 9.430/96, tal multa será devida ainda que tenha apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para tais tributos.

Por fim, importa destacar que a multa de ofício e a multa isolada possuem bases de cálculos distintas. Com efeito, a multa de ofício deve incidir sobre o tributo efetivamente devido pelo sujeito passivo, que, no caso, é apurado no momento em que ocorre o Ajuste Anual.

Já a multa isolada deve incidir sobre as bases de cálculo estimadas. Essas antecipações, como o próprio nome diz, não equivalem ao tributo efetivamente devido, mas, consoante a jurisprudência pacificada neste Conselho Administrativo, são meros adiantamentos do tributo, que será calculado ao final do ano. Como se sabe, nem sempre o conjunto dessas antecipações pagas equivalerá ao tributo efetivamente devido, já que, no cálculo do tributo, feito por ocasião do Ajuste Anual, o contribuinte poderá deduzir determinadas despesas incorridas no decorrer do ano.

Em suma, as multas de ofício e isolada não decorrem da mesma infração, e não incidem sobre a mesma base de cálculo. São multas inteiramente diversas, previstas em lei, e não configuram nenhum bis in idem. Por consequência é indevida a aplicação do princípio da consunção nesta hipótese.

Portanto, não se pode concluir que estaria havendo dupla penalidade pela mesma falta. Data maxima venia, o recorrido cometeu dois atos ilícitos, previstos em lei, e a lei dispõe uma pena para cada um deles.

Se não há nenhuma dúvida de que o recorrido cometeu o ilícito acusado pela fiscalização, como deflui pelo próprio teor da decisão hostilizada e dos elementos colacionados aos autos, não há que se falar em dispensa da punição, apenas porque do contribuinte atuado já havia sido exigida multa em decorrência de outro ilícito. Essa não pode ser a *ratio* da Lei nº 9.430/96.

Cita julgado do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, invoca o art. 97 do CTN e complementa:

O fato de estar sendo exigido da Contribuinte a multa de ofício decorrente do não pagamento de tributo **não** impede a incidência da multa prevista no art. 44, II, alínea “b” da Lei nº 9.430/96, uma vez que a lei não dispensa a cobrança de penalidade nesses casos. Sob essa ótica, vê-se que o acórdão recorrido criou nova hipótese de dispensa da multa isolada, não prevista na legislação, o que não pode ser admitido.

Diante das considerações acima postas, inegável que a decisão externada pelo órgão recorrido diverge do entendimento sedimentado no seio deste Eg. Conselho Administrativo.

Ademais, infere-se que o órgão recorrido procurou atenuar o suposto “rigor” do art. 44, II, alínea “b” da Lei nº 9.430/96.

Data maxima venia, este raciocínio não deve prevalecer à medida que cria nova hipótese de dispensa de multa isolada, inovando no ordenamento jurídico.

Tal procedimento, quando efetuado pelo aplicador da lei, decorre de um juízo de equidade, conforme a autorizada doutrina de ALIOMAR BALEEIRO, *verbis*:

“Provavelmente, nenhum tema de interpretação e aplicação das leis tem gerado, ao longo dos séculos, tantas controvérsias e dissertações quanto o da equidade, admitida expressamente pelo art. 108, IV do nosso CTN. (...) Essa extrema flexibilidade do ex aequo et bono vem sendo disciplinada, até certo ponto, pela doutrina, que define os casos e limites de sua aplicação. A. Silveira, depois de ponderar que a equidade pode ser considerada sob o ponto de vista sociológico, aponta-lhe as seguintes funções: a) no entendimento dos contratos e práticas costumeiras; b) na interpretação das fontes, com o predomínio da finalidade da lei sobre sua letra, preferindo-se a mais benigna e humana; c) na adaptação da norma às circunstâncias singulares do caso concreto: ‘muitas vezes sucede que a generalidade com que foi concebida a norma impede sua correta aplicação às circunstâncias do caso concreto’; e) (sic) na integração das lacunas da norma, como recurso à insuficiência desta; f) na decisão fora das normas, ex aequo et bono (CC, art. 1.037, p. ex.).

(...)

Pela equidade, o intérprete e o aplicador não só suprirão a lei silente, mas também interpretarão e adaptarão a lei que se apresentar absurda, em sua impersonalidade e generalidade abstrata, para as condições inusitadas do caso especial concreto.

*A autoridade fiscal e o juiz, à falta de elementos no art. 108, I, II e III, encontram na equidade, se lhe é concedida expressamente, condição exigida pelo art. 127 do CPC/73, meios de suprir a falta de norma adequada no caso singular, ou mesmo para amortecer essa norma, se nas circunstâncias específicas ou inéditas ela conduzir ao iníquo ou ao absurdo, um e outro inadmissíveis dentro do sistema geral do Direito e da consciência jurídica contemporânea em nosso País e em nosso tipo de estrutura econômica, política, social e institucional.” (BALEEIRO, Aliomar, in *Direito Tributário Brasileiro*, 11ª Edição, Forense, pp. 682 e 683. Grifos não constantes do original).*

Ocorre que, como lembra ALIOMAR BALEEIRO, o emprego do juízo de equidade no ordenamento jurídico brasileiro tem que estar expressamente autorizado por lei. Tal dogma é um dos fundamentos do ordenamento pátrio, vez que a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inc. II, não admite a existência de outra fonte do direito senão a lei formal (ou atos equiparados a lei formal, como

as medidas provisórias, leis delegadas, e outros previstos no art. 59 da CF/88). Portanto, o aplicador da lei é obrigado a decidir com base na norma disposta, mas pode se utilizar da equidade apenas quando a lei permitir expressamente, conforme se infere do art. 127 do CPC.

Ora, o Código Tributário Nacional permite o uso da equidade pelo aplicador da lei. Com efeito, o CTN prevê que a lei poderá atribuir ao aplicador juízo de equidade para fundamentar a dispensa de créditos tributários. Confira-se:

“Art. 172. A lei pode autorizar a autoridade administrativa a conceder, por despacho fundamentado, remissão total ou parcial do crédito tributário, atendendo:

(...)

IV – a considerações de equidade, em relação com as características pessoais ou materiais do caso” (Grifos não constantes do original).

Note-se que o próprio CTN, em seu art. 108, IV, § 2º, dispõe que o emprego da equidade não poderá resultar na dispensa do pagamento de tributo devido. Como o art. 108 está inserido no capítulo sobre a interpretação da lei tributária, e também face ao art. 172 acima, pode-se concluir que o Código está consentâneo com o art. 127 do CPC. A equidade somente pode ser utilizada pelo intérprete para a dispensa de crédito tributário quando existe previsão legal que o permita. Fora dessa hipótese, o intérprete não poderá se valer do juízo de equidade para dispensar a exigência de crédito tributário.

Aqui resta claro o óbice para a dispensa da multa exigida do recorrido. Não há, no presente caso, norma específica que permita ao aplicador da lei relevar a cobrança da multa prevista no art. 44, II, alínea “b” da Lei nº 9.430/96,

De todo o exposto, resta claro que sempre foi cabível a cobrança concomitante da multa isolada por falta de recolhimento de estimativas com a multa de ofício.

Entretanto, após o advento da Medida Provisória nº 351/2007, convertida na Lei nº 11.488/2007, que alterou a redação do art. 44 da Lei nº 9.430/96, não há sequer espaço para discussão do assunto, em face da clareza do texto legal. Confira-se:

[...]

Assim, o art. 44 da Lei nº 9.430/96 foi alterado pela lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007, dando-lhe nova redação, reduzindo a multa isolada para 50%; bem assim deixando bem claro, se dúvidas haviam, de que a referida multa isolada era cabível no caso de estimativa mensal não paga e não de tributo final não pago.

Frise-se que até as bases de cálculo das citadas multas foram diferenciadas, afastando-se, dessa forma, qualquer alegação de *bis in idem*. Com efeito, segundo texto dado pela Lei nº 11.488/2007, a base de cálculo da multa isolada pela falta de pagamento da estimativa consiste no valor do pagamento mensal,

no percentual de 50%, enquanto a multa pelo lançamento de ofício incide 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, no percentual de 75%.

Ressalte-se que a alteração legislativa promovida no art. 44 da Lei nº 9.430/1996 foi objeto de análise pelo tributarista Marcos Vinícius Neder em artigo intitulado “O regime jurídico da multa isolada sobre estimativas”, publicado na Revista Diálogo Jurídico nº 16/2007, tendo assim exposto suas conclusões:

“Em razão da reiterada jurisprudência administrativa, a Administração Tributária decidiu propor a edição de Medida Provisória para o aperfeiçoamento da legislação sobre a penalidade isolada por falta de pagamento de estimativas. Nesse sentido, foi editada a MP 351, de 22 de janeiro de 2007, convertida na Lei 11.488, de 15 de junho de 2007, que promove a alteração da redação do art. 44 da Lei nº 9.430/96 no tocante a multa isolada (...).

Vê, portanto, que nova lei alterou a base de cálculo da multa isolada (inciso II) que passa a incidir sobre o valor do pagamento mensal de estimativa. Com isso, a aplicação dessa multa não está mais vinculada ao valor do tributo devido ao final do período de apuração do imposto e passa a ser exigida sobre o valor de omissão de recolhimento de estimativa mensal.”

Diante do exposto e considerando que restou plenamente configurado o desrespeito do sujeito passivo ao disposto no art. 44, II, “b” da Lei nº 9.430/96 e, ainda, que o fato gerador do presente feito é posterior ao advento da MP nº 351/2007 (convertida na Lei nº 11.488/2007), não há qualquer dúvida sobre a possibilidade/necessidade de cobrança da multa isolada, exigida em face do não pagamento do tributo devido pelo regime de estimativa. *(destaques do original)*

Pede, assim, que o recurso seja conhecido e provido para reformar o acórdão recorrido nos quesitos objeto da presente insurgência.

Cientificada em 29/05/2023 (e-fl. 1272), a Contribuinte apresentou contrarrazões em 12/06/2023 (e-fls. 1274/1330) nas quais contextualiza a evolução processual, afirma a letigimidade das operações, descreve o contexto da operação e a *necessidade de uma holding no Brasil*, e contesta a admissibilidade do recurso fazendário em razão da diferença fática entre o recorrido e os paradigmas nº 9101-002.213 e 9101-002.962, vez que:

No presente, a JARDEN CONSUMER SOLUTIONS⁵ detinha outras empresas no Brasil, que eram a Mucambo S/A (empresa que fabrica luvas de borracha – CNPJ 15.107.246/0001-34), a Lillo do Brasil Indústria e Comércio de Produtos Infantis

⁵ Que teve sua denominação alterada para NEWELL RUBBERMAID e posteriormente para NEWELL BRANDS, como pode ser verificado no rodapé do TVF em fls. 42.

Ltda. (que fabrica artefatos de material plástico para uso pessoal e doméstico – CNPJ 08.895.390/0001-17), a Sobral Invicta da Amazônia Indústria de Plásticos Ltda. (que também fabricava artefatos de material plástico para uso pessoal e doméstico CNPJ 10.172.378/0001-26⁶) e a Sobral Invicta S.A. (mais conhecida por fabricar garrafas térmicas e de vidro⁷ – CNPJ 60.594.538/0001-01), como bem destacado no v. acórdão recorrido:

“28. A questão do propósito comercial parece ter o mesmo fim. Como indicado, não se vislumbra nenhuma irregularidade em relação a qualquer das operações efetuadas no caso em questão, com base na legalidade. É se ressaltar ainda que as operações poderiam ter sido realizadas por qualquer uma das quatro sociedades em que os sócios internacionais fazem parte, mas que optaram por fazer pela AYMSPE”.

Assim sendo, o grupo econômico JARDEN CONSUMER SOLUTIONS poderia ter utilizado qualquer uma das quatro empresas que já possuía no Brasil no final de 2013 e tal fato constou expressamente do acórdão recorrido.

Esta situação não se repete no caso tratado no acórdão nº 9101-002.213, pois não há no acórdão apontado como paradigma qualquer notícia de que as sociedades CC HOLDCO (LUXEMBOURG) S.À.R.L e CC HOLDCO (CAYMAN) LTD tivessem qualquer outra sociedade no Brasil. Enquanto no caso da Recorrida a investidora situada no exterior poderia ter utilizado outra de suas empresas localizadas no Brasil para efetivar o investimento na empresa Recorrida, no acórdão apontado como paradigma não há a indicação deste possibilidade.

Também no caso do acórdão nº 9101-002.962 a questão da possibilidade da aquisição da empresa investida brasileira pela investidora situada no exterior foi levada em consideração, pois sequer foi aventada a possibilidade de o CARREFOUR BRASIL efetuar a aquisição da KORCULA no lugar do CARREFOUR S.A. (França), o CARREFOUR NEDERLAND B.V. ou o COMPTOIRS MODERNES A.S. (França). A possibilidade de a empresa brasileira efetuar a compra da empresa que detinha as quotas do ATACADÃO S.A. sequer foi considerada pelo voto condutor do acórdão apontado como paradigma.

Retoma a abordagem acerca da operação realizada

V – DA LEGITIMIDADE DA UTILIZAÇÃO DA EMPRESA VEÍCULO PARA O INVESTIMENTO REALIZADO POR EMPRESA ESTRANGEIRA.

Como pode ser verificado no acórdão recorrido “não se vislumbra nenhuma ilegalidade quanto às operações societárias e contábeis promovidas. Em análise aos dispositivos normativos, percebe-se que a operação de aquisição anterior de uma pessoa jurídica, terceira, para a posterior compra de outra com sua consequente incorporação não se constitui como empecilho ou impeditivo para que a Contribuinte tenha reconhecida a vantagem pretendida. A norma extraída dos artigos não dispõe sobre a necessidade da

⁶ Esta empresa estava ativa em 2013, mas atualmente seu CNPJ já está baixado.

⁷ A gama de produtos que fabrica, bem como a indicação de pertencer ao grupo Newell Brands, pode ser verificada no site de vendas on-line: <https://www.invictaonline.com.br/>

empresa incorporada ter sido criada anteriormente ou com intuito específico. Na verdade, exigir que a aquisição da CADENCE fosse feita por empresa já existente no Brasil seria criar exigência não prevista em lei”.

Para chegar a esta “conclusão”, o v. acórdão recorrido partiu da seguinte premissa:

“23. Da subsunção da interpretação das operações societárias realizadas, que, diga-se de passagem, não foram tão complexas quando comparadas com outras igualmente examinadas pelo CARF, à interpretação e análise das situações indicadas acima, neste mesmo tópico, é possível concluir que: **a)** houve uma aquisição societária, no mais comum sentido do instituto, ou seja, uma sociedade, por meio de seus órgãos de administração, negociou com os sócios de outra, para a aquisição das quotas, em um sentido formal, mas também econômico-material; **b)** houve incorporação reversa, a qual também é autorizada para a amortização do ágio, conforme alínea “b” do art. 8 da Lei 9.532/97. Assim, as operações sociais foram legítimas para a aquisição, caracterizando efetiva operação entre partes diversas”.

A questão que se discute aqui é a seguinte: o emprego de “empresa veículo”, por si só, é motivo para afastar-se a dedutibilidade da despesa com amortização de ágio?

Como é cediço, não é possível sustentar uma autuação fiscal lastreada na simples acusação de emprego de “empresa veículo”, até porque o simples emprego de “empresa veículo” não é tipificado como infração à legislação tributária, conforme visto anteriormente.

Caberia então à fiscalização apontar a relação entre o emprego da “empresa veículo” (AYMSPE) e a prática de alguma infração à legislação tributária. E, no caso dos autos não há qualquer infração à legislação tributária, tanto que o auditor fiscal não a apontou.

Em breve síntese, a autuação defende a impossibilidade do aproveitamento do ágio sustentando que o emprego de empresa veículo, que ao fim incorpora ou é incorporada pela investida, “oculta” o verdadeiro investidor, qual seja, aquele que forneceu os recursos para que a empresa veículo faça o investimento.

Pois bem, deve-se ter em conta que os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 foram originalmente criados com a finalidade de incentivo à aquisição de empresas públicas ou sociedades de economia mista por particulares, no âmbito do chamado Programa Nacional de Desestatização (Lei nº 9.491/97).

E uma vez que pessoas físicas ou jurídicas estrangeiras têm direito de adquirir até 100% das ações ou quotas da empresa nacional objeto de desestatização (vide art. 12 da referida Lei nº 9.491/97), é de se perguntar: como poderia um investidor estrangeiro se beneficiar dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 senão por meio da constituição e capitalização de uma pessoa jurídica nacional que fizesse o investimento na empresa objeto da desestatização? Esse foi, de fato, o caminho adotado pelos investidores estrangeiros (vide como exemplo o Acórdão nº 1201-00.689⁸).

⁸ 1ª Turma, 2ª Câmara, 1ª Seção do CARF, acórdão nº 1201-00.689, processo administrativo nº 19647.010151/2007-83, relator Conselheiro Rafael Correia Fuso, julgado em 08.05.2012. A parte da ementa na discussão que ora interessa: “(...) AQUISIÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA COM ÁGIO. DEDUTIBILIDADE DO ÁGIO RECONHECIDA. AUSÊNCIA DE ABUSO DE DIREITO.

A aquisição de participação societária de uma determinada empresa, com ágio, por outra que venha a ser incorporada, permite a dedução do ágio pago, no cálculo do lucro real, pela incorporadora, haja vista que se extinguiu o investimento anteriormente realizado com a incorporação às avessas, a teor do inciso II do § 6º do artigo 386 do RIR/99.

A existência de documento (demonstrativo ou laudo) que contempla por metodologia o valor dos ativos em razão de rentabilidade futura permite que a contribuinte realize o aproveitamento do ágio apurado.

Ocorre que, de acordo com a teoria da "empresa veículo", ora sob exame, nem assim os investidores estrangeiros poderiam se beneficiar do disposto nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, pois a pessoa jurídica nacional por eles constituída e capitalizada não seria considerada o "verdadeiro investidor" na empresa objeto de desestatização.

Na mesma situação de impossibilidade de aproveitamento do disposto nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 estaria, por exemplo, um grupo de pessoas físicas nacionais que desejasse adquirir as ações ou quotas de uma empresa objeto de desestatização. Se fizessem o investimento diretamente, as pessoas físicas não poderiam se beneficiar das referidas normas (por óbvio, pessoa física não incorpora nem é incorporada por pessoa jurídica).

A solução seria, novamente, a constituição e capitalização de uma pessoa jurídica justamente para que esta fizesse o investimento. Entretanto, de acordo com a referida teoria da "empresa veículo" criada pela fiscalização da Receita Federal, nem assim a pessoa jurídica criada pelo grupo de pessoas físicas poderia se beneficiar do disposto nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, pois não seria considerada o "verdadeiro investidor" na empresa objeto de desestatização.

Também em idêntica situação de impossibilidade de aproveitamento do disposto nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, estariam as pessoas jurídicas nacionais que, em razão de vedação contida em norma legal ou infralegal, estejam impedidas de exercer atividades econômicas diversas daquelas previstas naquelas normas. Seria o caso, por exemplo, de um banco comercial adquirindo as ações ou quotas de uma concessionária de energia elétrica. Tal aquisição é possível, desde que autorizada pelo Banco Central. O que não é juridicamente possível é a absorção do patrimônio da concessionária pelo banco comercial (ou vice-versa) uma vez que o Banco Central proíbe que os bancos comerciais exerçam atividades distintas daquelas previstas em Regulamento.

A solução, mais uma vez, seria o banco comercial constituir e capitalizar uma pessoa jurídica a fim de que esta adquira as ações ou quotas da empresa objeto de desestatização. Ocorre que, segundo a mencionada teoria da "empresa veículo", nem assim a pessoa jurídica criada pelo banco comercial poderia se beneficiar do disposto nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, pois não seria considerada o "verdadeiro investidor".

Os exemplos acima, que a outros poderiam se somar, demonstram que a teoria da "empresa veículo" criada pela fiscalização da Receita Federal aplicada aos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 ensejaria uma interpretação restritiva dessas normas no tocante à ideia de "verdadeiro investidor".

Todavia, a interpretação restritiva, tal como as demais espécies interpretativas, não é fruto da vontade do intérprete. Ao contrário, deve ser juridicamente fundamentada.

No caso dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, tal interpretação restritiva reduziria significativamente as hipóteses de aproveitamento fiscal da amortização do ágio ali prevista, algo que vai de encontro (e não ao encontro) à finalidade do Programa Nacional de Desestatização, o qual, como dito antes, incentiva a aquisição de empresas públicas ou sociedades de economia mista por particulares. Em outras palavras, a teoria da "empresa veículo" criada pela fiscalização da Receita Federal é frontalmente contrária à finalidade para à qual foram criados os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, daí porque não pode ser acolhida.

O parecer do Prof. Luís Eduardo Schoueri juntado em fls. 1059/1186 bem demonstra a falta de fundamentação legal da alegação de que o ágio existente no presente caso não teria substância econômica:

Inexistência de ágio interno, visto que o valor do ágio apurado na aquisição da Celpe foi transmitido às demais empresas pelo mesmo valor, conforme laudos juntados nos autos.

Empresa veículo utilizada sob fundamento econômico devidamente justificado nos autos".

“Note-se, pois, que a autuação se baseia na atribuição de sentidos à lei tributária, os quais não são por esta suportados. A legislação tributária é tratada como “subinclusiva”, ou seja, considera-se que esta diz menos do que, no entender da administração tributária, deveria dizer, e o intérprete passa a exercer uma atividade notoriamente criativa e expansiva, atribuindo sentidos à lei que nelas não se encontram expressos. No caso que me foi apresentado, a administração tributária lança mão de sentidos que contradizem aqueles contidos na própria lei tributária e são com ela incompatíveis. Esta modalidade de integração da norma tributária, gravosa, em prejuízo ao contribuinte, é expressamente vedada pelo art. 108, ~ la, do CTN, o qual dispõe que “o emprego da analogia não poderá resultar na exigência de tributo não previsto em lei”.

Assim ocorre com a expressão “empresa-veículo”. Esta não se encontra expressa na lei, apesar de seu emprego constante pela jurisprudência administrativa. A adoção da teoria do propósito negocial tampouco possui base em lei. Seu emprego, tal qual realizado pela jurisprudência administrativa, é vedado pelo art. 108, § 1º, do CTN.

Nota-se, portanto, que a estratégia integrativa da administração tributária, expansiva dos sentidos da lei, para além das possibilidades oferecidas pelo texto, é vedada pelo CTN. Em outras palavras, não é dado ao intérprete integrar a lei tributária da maneira como o tem feito a jurisprudência administrativa” (fls. 1145/1146).

Neste sentido é o entendimento manifestado por este E. CARF, conforme ementas abaixo citadas:

[...]

Cita vários julgados deste Conselho e excerto dos votos condutores dos Acórdão nº 1301-001.950 e 1302-003.434, e assevera que *uma vez que a conduta da investidora estrangeira de inicialmente adquirir uma empresa pré-constituída para posteriormente realizar a aquisição da target definitiva no Brasil não viola nenhuma lei brasileira, sendo inclusive esta conduta adotada em inúmeras outras operações como demonstram os precedentes do CARF, deve ser reformado o v. acórdão recorrido e anulado o auto de infração originário.*

Demonstra a *substância da AYMSPE* consignando que:

A AYMSPE era uma empresa que tinha substância quando adquiriu a CADENCE ELETRODOMÉSTICOS S.A., conforme indicado pelo próprio fiscal no seu auto de infração:

- a) A AYMSPE era uma empresa holding. A atividade de holding notoriamente não exige muitos colaboradores;
- b) A AYMSPE realizou deliberações societárias para aprovar a aquisição da CADENCE ELETRODOMÉSTICOS S.A. e a capitalização;
- c) A AYMSPE celebrou o contrato de compra da CADENCE ELETRODOMÉSTICOS S.A.;
- d) A AYMSPE pagou os acionistas vendedores da CADENCE ELETRODOMÉSTICOS S.A.;
- e) A AYMSPE teve rendimentos resultantes (i) de investimentos financeiros realizados com seus recursos e (ii) do reconhecimento da equivalência patrimonial da participação detida na CADENCE ELETRODOMÉSTICOS S.A.;

f) A AYMSPE teve despesas relacionadas às suas atividades e a aquisição da CADENCE ELETRODOMÉSTICOS S.A., como por exemplo: **(i)** R\$ 960 mil em IOF-câmbio, com parte do montante sendo referente ao contrato de câmbio fechado para a integralização do seu capital social; **(ii)** R\$ 5 mil em despesas bancárias com a sua conta bancária; e **(iii)** R\$ 891 mil em despesas com advogados para a aquisição da CADENCE ELETRODOMÉSTICOS S.A..

Portanto, com base no contexto acima, é inegável que a AYMSPE tinha substância e foi a real compradora da CADENCE ELETRODOMÉSTICOS S.A., **tendo utilizado seus próprios recursos na transação.**

Refere julgado deste Conselho, nº 1401-001.240, para corroborar seu entendimento de *a estrutura operacional de uma holding não é a mesma de uma empresa industrial*, e acrescenta:

O conselheiro relator desse acórdão ainda destacou em seu voto que "*com a devida vênia, não me parece revelar falta de capacidade operacional a ausência de estrutura, com conta de luz, água e telefone, para a sociedade que tem por objeto a atividade de holding.*"

Neste sentido, é importante ter em consideração que o ordenamento jurídico não veda a existência de pessoas jurídicas que tenham como atividade principal a de holding, uma vez que tal disposição é comum mesmo no Brasil.

Além disso, o fato de a empresa ter uma estrutura mais simples, não significa que não tenha substância, como quer dizer a fiscalização.

Ora, uma holding possui uma estrutura enxuta, com pouco ou mesmo nenhum funcionário, sendo que nem mesmo no direito brasileiro tal figura é desconhecida, como pode ser verificado na seguinte notícia obtida no site do Tribunal Superior do Trabalho, *in verbis*:

“TST decide que holding sem empregados não precisa pagar contribuição sindical

A Subseção I Especializada em Dissídios Individuais (SDI-1) do Tribunal Superior do Trabalho manteve decisão que isentou a PRP Administração e Participações S.A. de pagar contribuição sindical à Federação do Comércio de Bens, Serviços e Turismo do Estado de Minas Gerais (Fecomércio/MG). Como a empresa é apenas *holding* de participação societária em outras entidades e não tem empregados, a maioria dos ministros concluiu ser indevida a cobrança.

(...)

Holding pura

O ministro Vieira de Mello Filho apresentou voto divergente para negar provimento aos embargos. Ele classificou a PRP como *holding* pura, caracterizada por concentrar suas ações apenas na participação e no controle coletivo de empresas, sem atividade econômica própria nem empregados. "Esta circunstância, por si só, é suficiente para excluir a obrigação de recolher contribuições sindicais", afirmou. "Na *holding* pura, não há categoria profissional específica para configurar a relação sindical, portanto a contribuição não deve ser exigida".

A SDI-1, por maioria, decidiu conforme o voto divergente. Ficaram vencidos os ministros Corrêa da Veiga, Renato de Lacerda Paiva e Alexandre Agra Belmonte.

(Guilherme Santos/CF)

Processo:E-RR-2058-44.2011.5.03.0078E-RR-2058-44.2011.5.03.0078”⁹

Resta claro, portanto, que o direito brasileiro reconhece a existência da *holding* sem empregados, tendo em vista que essa atividade não exige tanta estrutura e pessoal como uma empresa industrial ou comercial, razão pela qual é evidente que a sua estrutura será pequena.

Dessa forma, foram preenchidos todos os requisitos exigidos para que o ágio proveniente da aquisição da CADENCE ELETRODOMÉSTICOS S.A. pela AYMSPE pudesse ser amortizado na incorporação reversa, razão pela qual o v. acórdão recorrido deve ser mantido pelos seus próprios fundamentos.

Observa que *um dos fundamentos da autuação é de que não havia sido indicado o fundamento econômico do ágio, em que pese o fato da legislação vigente à época dos fatos aqui tratados não ter semelhante previsão, além do fato da própria fiscalização da Receita Federal ter identificado o lançamento contábil relativo ao ágio registrado pela Recorrida. Apresenta tal registro, e ressalta que o acórdão recorrido considerou este ponto da acusação fiscal tão irrelevante que houve um silêncio em torno dele, como um ponto que não precisava ser enfrentado uma vez que a autuação seria derrubada por uma série de outros argumentos.*

De toda a sorte, *cita trecho do parecer do Prof. Luís Eduardo Schoueri a respeito do propósito negocial da AYMSPE, e conclui que a alegação de que a AYMSPE não teria propósito negocial não tem fundamento econômico e/ou jurídico, razão pela qual não serve de fundamento para a reforma do v. acórdão recorrido.*

Complementa abordando *a possibilidade de utilização de outras empresas do mesmo grupo econômico para realizar a compra da Cadence Eletrodomésticos S.A. a utilização das demais empresas do mesmo grupo econômico também permitiriam a amortização do ágio, nos seguintes termos:*

Conforme comprovado nestes autos, o grupo econômico JARDEN CONSUMER SOLUTIONS¹⁰ é titular de outras empresas brasileiras, conforme comprovou seu registro na SEC - U.S. Securities and Exchange Commission – como a Mucambo S/A (empresa que fabrica luvas de borracha – CNPJ 15.107.246/0001-34), a Lillo do Brasil Indústria e Comércio de Produtos Infantis Ltda. (que fabrica artefatos de material plástico para uso pessoal e doméstico – CNPJ 08.895.390/0001-17), a Sobral Invicta da Amazônia Indústria de Plásticos Ltda. (que também **fabricava** artefatos de material plástico para uso pessoal e doméstico CNPJ

⁹ http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/id/18879358
Notícia acessada em 28.04.2017 às 11:18h.

¹⁰ Que teve sua denominação alterada para NEWELL RUBBERMAID e posteriormente para NEWELL BRANDS, como pode ser verificado no rodapé do TVF em fls. 42.

10.172.378/0001-26¹¹) e a Sobral Invicta S.A. (mais conhecida por fabricar garrafas térmicas e de vidro¹² – CNPJ 60.594.538/0001-01).

Assim sendo, o grupo econômico JARDEN CONSUMER SOLUTIONS poderia ter utilizado qualquer uma das quatro empresas que já possuía no Brasil no final de 2013, o que foi expressamente reconhecido no voto do conselheiro relator do v. acórdão recorrido.

Neste ponto, o v. acórdão recorrido reproduz a jurisprudência do CARF que reconhece que se a operação pudesse ser realizada nos mesmos moldes, mas por outras empresas do mesmo grupo econômico, não haveria justa causa para a autuação fiscal, *verbis*:

[...]

Ou seja, tivesse a JARDEN CONSUMER SOLUTIONS utilizado qualquer uma de suas quatro empresas no Brasil para realizar a aquisição da CADENCE ELETRODOMÉSTICOS S.A. e posteriormente realizado a incorporação reversa, os efeitos tributários seriam idênticos, de forma que não há justa causa para a autuação fiscal que se pretende anular.

Se havia a possibilidade de fazer a aquisição de 80% das ações da CADENCE utilizando umas das empresas brasileiras do grupo JARDEN CONSUMER SOLUTIONS - Mucambo S/A., Lillo do Brasil Indústria e Comércio de Produtos Infantis Ltda., Sobral Invicta da Amazônia Indústria de Plásticos Ltda. ou a Sobral Invicta S.A., a alegação de que a utilização de uma terceira empresa – a AYMSPE - levaria à perda do ágio gerado na compra da empresa target não tem qualquer fundamentação (a não ser que a legislação ordinária fizesse semelhante exigência).

Qualquer exigência em sentido contrário viola o princípio da legalidade, que deve nortear a conduta do administrador público (ex. vi art. 37 da CF/88 e art. 2º da Lei nº 9.784/99).

Reitere-se que o mesmo efeito fiscal, de dedução do ágio pago pela AYMSPE na aquisição da CADENCE ELETRODOMÉSTICOS S.A. teria sido obtido se esta aquisição tivesse sido realizada por qualquer uma das outras quatro empresas do grupo JARDEN CONSUMER SOLUTIONS no Brasil, de forma que a acusação fiscal de que a operação foi realizada mediante a aquisição de uma empresa-veículo (a AYMSPE) não tem qualquer suporte de fato, devendo ser reformado o v. acórdão recorrido e cancelado o auto de infração originário.

Veja-se que independentemente da JARDEN CONSUMER SOLUTIONS utilizar a AYMSPE como empresa-veículo para realizar o seu investimento no Brasil ou utilizar qualquer uma das empresas que já pertenciam ao seu grupo econômico, os requisitos para o aproveitamento do ágio foram verificados, quais sejam, **(i)** a existência do laudo de avaliação (Acórdão 1201-002.247, julgado em 19/7/2018), **(ii)** a operação foi realizada entre partes independentes (Acórdãos 1302-003.381, 1201-002.672 e 1301-002.670, julgados respectivamente em 18/3/2019, 12/2/2019 e 6/12/2017), e **(iii)** ocorrência de confusão patrimonial entre as empresas adquirente e adquirida.

¹¹ Esta empresa estava ativa em 2013, mas atualmente seu CNPJ já está baixado.

¹² A gama de produtos que fabrica, bem como a indicação de pertencer ao grupo Newell Brands, pode ser verificada no site de vendas on-line: <https://www.invictaonline.com.br/>

Portanto, conforme visto acima, o ágio decorrente desta aquisição:

(i) foi calculado a partir da rentabilidade futura do investimento (calculado pelo método do fluxo de caixa descontado) – conforme demonstra o laudo de rentabilidade futura preparado pela BDO e que sequer foi desconsiderado pela fiscalização;

(ii) foi gerado em transação entre partes totalmente independentes – a operação foi feita legítima e poderia ter sido utilizada qualquer outra empresa do grupo Jarden no Brasil (Mucambo, Lillo e Sobral) para concretizar o negócio como adquirente. Portanto, o argumento de que a adquirente era uma empresa-veículo não deve prosperar, em linha com os julgados desse E. CARF citados acima;

(iii) foi pago em dinheiro e com desembolso de caixa da adquirente – a adquirente utilizou recursos próprios e pagou o preço em dinheiro aos vendedores, ou seja, não era ágio interno ou ágio que “viajou” de outra adquirente.

(iv) foi registrado em uma conta de investimento – a própria fiscalização reconhece este ponto.

Demonstrado que a operação realizada pela JARDEN CONSUMER SOLUTIONS para a aquisição da Recorrida observou todos os requisitos previstos nas decisões do CARF para que o aproveitamento do ágio fosse considerado legítimo, não há que falar em operação abusiva ou necessidade de desconsiderar a AYMSPE como real adquirente da participação societária, como quer fazer acreditar a fiscalização, até porque o TVF sequer indicou a ocorrência de fraude fiscal, tanto que não aplicou a multa agravada.

Tivesse a fiscalização entendido que a operação de aquisição da Recorrida pela AYMSPE foi feita com o objetivo de fraudar a ocorrência do fato gerador, teria aplicado a multa agravada de 150% do crédito tributário, como no seguinte precedente do CARF, *verbis*:

[...]

Refere ementa do Acórdão nº 1302-002.386 e conclui que, *preenchidos os requisitos previstos nas decisões do CARF e na legislação para dedução das despesas com o ágio, tem-se um reconhecimento implícito de que a operação realizada para a aquisição de parte das ações da Recorrida e não viola a legislação em vigor, razão pela qual deve ser reformada a decisão recorrida para cancelar o auto de infração originário.*

Com respeito à *impossibilidade de cumulação da multa isolada com a multa de ofício*, observa que *o reconhecimento da dedução das despesas do ágio na apuração da base de cálculo do IRPJ e da CSLL já teria levado à extinção da multa isolada*, mas acrescenta:

No que diz respeito à impossibilidade de cumulação das penalidades, no presente caso tanto a multa isolada como a multa de ofício têm como suporte o aproveitamento de despesas de ágio que ocasionou um recolhimento menor das antecipações mensais de CSLL e IRPJ, o que comprova que as duas penalidades têm exatamente a mesma base. Ademais, ainda que as duas multas tenham fundamento legal diferente, a legislação não autorizou a sua aplicação concomitante, o que atrai a aplicação do art. 112 do CTN.

Além disso, o voto condutor proferido no c. acórdão recorrido reconhece que a Súmula nº 105 do CARF permanece aplicável.

Não bastasse os fundamentos do próprio acórdão recorrido, há que se ter em conta que o princípio da consunção veda a cumulação das penalidades. O não recolhimento da estimativa mensal é uma etapa preparatória da infração cometida no ajuste anual e, em tais circunstâncias o princípio da consunção autoriza a subsistência, apenas, da penalidade aplicada sobre o tributo devido ao final do ano-calendário, prestigiando o bem jurídico mais relevante, no caso, a arrecadação tributária, em confronto com a antecipação de fluxo de caixa assegurada pelas estimativas.

Cita julgados em favor de seu entendimento, bem como o parecer do Prof. Luís Eduardo Schoueri juntado aos autos, e a manifestação do Superior Tribunal de Justiça no REsp nº 1.496.354/PR, corroborada em decisões posteriores, requerendo que seja *negado provimento ao recurso especial fazendário e mantido o v. acórdão recorrido a fim de afastar a exigência cumulada das multas de ofício e isolada, cancelando-se o auto de infração originário neste aspecto.*

Consigna, ainda, que no acórdão recorrido foi negado provimento a seu recurso voluntário quanto à *diferença entre a base de cálculo do IRPJ e da CSLL*, mas este pedido havia perdido o objeto com o cancelamento do auto de infração *pelo reconhecimento da legitimidade das despesas com o IRPJ e CSLL*, razão pela qual *a Recorrida não tinha legitimidade e/ou interesse para interpor Recurso Especial para a CSRF em relação à discussão da base de cálculo da CSLL*. Assim, para não haver cerceamento a seu direito de defesa, entende que, caso seja dado provimento ao recurso especial fazendário, deveria ser determinado o retorno à Turma Ordinária, facultando-lhe *o direito de recorrer da parte do acórdão que lhe foi desfavorável.*

De toda a sorte, deduz os argumentos para que o lançamento de CSLL não seja mantido, *uma vez que a base de cálculo desta contribuição é distinta da base de cálculo do IRPJ*. Neste sentido, desenvolve o tema e refere o Acórdão nº 9101-001.839 e outros julgados de Turmas Ordinárias para concluir que *o auto de infração ora impugnado deve ser anulado no que diz respeito ao lançamento de ofício da CSLL uma vez que a legislação sobre os critérios de despesa dedutível para IRPJ não se aplica para a referida contribuição.*

Finaliza requerendo:

- (i) que o recurso especial da Fazenda Nacional não seja conhecido em relação à alegada divergência com os acórdãos 9101-002.213 e nº 9101-002.962, em razão da ausência de similitude fática;
- (ii) a manutenção do v. acórdão recorrido por seus próprios fundamentos;
- (iii) caso o v. acórdão recorrido seja reformado, a remessa dos autos à turma ordinária a fim de que a Recorrida possa recorrer da manutenção do lançamento de CSLL;

(iv) subsidiariamente, caso esta C. CSRF analise a questão das diferenças entre as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, o afastamento da glosa das despesas de ágio na apuração da base de cálculo da CSLL.

Os autos foram sorteados para relatoria do Conselheiro Alexandre Evaristo Pinto, mas com sua dispensa promoveu-se novo sorteio.

VOTO

Conselheira Edeli Pereira Bessa, Relatora.

Recurso especial da PGFN - Admissibilidade

A Contribuinte contesta a admissibilidade do recurso fazendário apontando dessemelhança fática entre os acórdãos comparados na primeira matéria indicada.

Observa que este caso apresenta a peculiaridade de o investidor estrangeiro participar de outras empresas no Brasil, e o voto condutor do acórdão recorrido ainda ter destacado *que as operações poderiam ter sido realizadas por qualquer uma das quatro sociedades em que os sócios internacionais fazem parte, mas que optaram por fazer pela AYMSPE.*

Firma que o paradigma nº 9101-002.213 não traz qualquer referência *de que as sociedades CC HOLDCO (LUXEMBOURG) S.À.R.L e CC HOLDCO (CAYMAN) LTD tivessem qualquer outra sociedade no Brasil.* Por sua vez, no paradigma nº 9101-002.962 não foi *avertada a possibilidade de o CARREFOUR BRASIL efetuar a aquisição da KORCULA no lugar do CARREFOUR S.A. (França), o CARREFOUR NEDERLAND B.V. ou o COMPTOIRS MODERNES A.S. (França). A possibilidade de a empresa brasileira efetuar a compra da empresa que detinha as quotas do ATACADÃO S.A. sequer foi considerada pelo voto condutor do acórdão apontado como paradigma.*

Como relatado no acórdão recorrido, a autoridade lançadora questionou a amortização de “ágio de si mesmo”, vez que a Contribuinte, antes denominada Cadence Indústria e Comércio Ltda, reduziu seu lucro tributável em razão da realização de ágio pago em sua aquisição, após incorporação reversa de adquirente classificada como “empresa veículo”, vez que o real-adquirente seria o grupo norte-americano Jardim Consumer Solutions (JCS).

O voto condutor do acórdão recorrido relata a sequência de operações, na qual se observa que proposta de assessoria financeira na alienação de quotas da Contribuinte foi apresentada antes da constituição de AYMSPE, seguindo-se celebração da carta de intenções de aquisição de participação societária na Contribuinte, com posterior substituição dos acionistas de AYMSPE por Holmes Products (Far East) Limited e Raider Motor Corporation, que assim deliberam em favor da aquisição, a qual se efetiva após os antes citados eventos entre 02/12/2013 e 04/06/2014, em razão dos quais AYMSPE é capitalizada no valor de R\$ 250.953.623,00 em

29/05/2014 e promove o pagamento da aquisição em 04/06/2014, restituindo o excedente remanescente de R\$ 9.930.000,00 aos investidores estrangeiros em 11/12/2014, para então ser extinta por incorporação reversa pela Contribuinte em 30/12/2014.

Na sequência, é exposta a seguinte interpretação da legislação tributária de regência:

23. Da subsunção da interpretação das operações societárias realizadas, que, diga-se de passagem, não foram tão complexas quando comparadas com outras igualmente examinadas pelo CARF, à interpretação e análise das situações indicadas acima, neste mesmo tópico, é possível concluir que: **a)** houve uma aquisição societária, no mais comum sentido do instituto, ou seja, uma sociedade, por meio de seus órgãos de administração, negociou com os sócios de outra, para a aquisição das quotas, em um sentido formal, mas também econômico-material; **b)** houve incorporação reversa, a qual também é autorizada para a amortização do ágio, conforme alínea “b” do art. 8 da Lei 9.532/97. Assim, as operações sociais foram legítimas para a aquisição, caracterizando efetiva operação entre partes diversas.

24. Questão que deve ser discutida é a utilização da AYMSPE para a aquisição do controle acionário da sua posterior incorporadora, o que gerou a utilização da amortização do ágio. Segundo a argumentação da Autoridade fiscal, o que serviu de base para o TVF, a aquisição das quotas da Recorrente foi feita indiretamente pela AYMSPE, uma vez que a aquisição da CADENCE, atual JCS Brasil, pela Holmes e Raider poderia ter sido efetuada de forma direta, o que teria como resultado a mesma configuração societário atual, demonstrada na figura acima. Os mesmos argumentos foram utilizados pela DRJ para negar a pretensão impugnatória.

25. Com base no Princípio da Legalidade, conclui-se que a liberdade do indivíduo somente pode ser restringida, nos casos em que a lei assim dispuser. Tal situação é aplicável ao âmbito econômico. Com vistas a essa diretriz se retorna ao texto legal da Lei 9.532/97, que trata do ágio. Dessa vez com a transcrição da parte dos artigos aplicáveis à situação, os quais, inclusive, serviram para fundamentar a desconsideração dos atos da Contribuinte, tendentes a obter a vantagem.

[...]

26. A par dos requisitos acima indicados, os quais foram atendidos, não se vislumbra nenhuma ilegalidade quanto às operações societárias e contábeis promovidas. Em análise aos dispositivos normativos, percebe-se que a operação de aquisição anterior de uma pessoa jurídica, terceira, para a posterior compra de outra com sua conseqüente incorporação não se constitui como empecilho ou impeditivo para que a Contribuinte tenha reconhecida a vantagem pretendida. A norma extraída dos artigos não dispõe sobre a necessidade da empresa incorporada ter sido criada anteriormente ou com intuito específico. Na verdade, exigir que a aquisição da CADENCE fosse feita por empresa já existente no Brasil seria criar exigência não prevista em lei.

27. Há ainda a argumentação de que a AYMSPE não teria lastro econômico, tendo recebido os recursos dos sócios do exterior, o que se constituiria como uma irregularidade a ponto de anular a vantagem tributária. Nesse sentido, a PGFN cita os arts. 385 e 386 do RIR/99, alegando que ágio e deságio devem ser registrados pela parte que o suporta, bem como não houve a possibilidade de aproveitamento uma vez que quem verdadeiramente suportou o ônus foi a empresa nos EUA. Entende-se que a análise feita, com base estritamente no suporte econômico não procede, isso porque a lei prevê que o exame deve ser jurídico-econômico, no sentido de que aquele que suporta o encargo deve ser caracterizado pela sua situação jurídica. A interpretação exclusivamente econômica seria, além de tudo, insegura, a ponto de conduzir o intérprete a perquirir uma sequência de fatos que podem ser intermináveis. No caso em questão, se a premissa fosse que quem suportou o custo teria sido a empresa no exterior, mas e se para levantar os recursos tiver havido integralização no capital dessa empresa, no estrangeiro? Então quem arcou foram aqueles que desembolsaram o valor, ou seja, quem integralizou? A mesma pergunta pode ser feita nos casos de mútuo e emissão de debêntures. Quem seriam os responsáveis por suportar o ônus econômico? Não parece adequada a linha de raciocínio, nem está em consonância com a norma. Quem suportou com o ônus foi quem se situa na situação jurídica-econômica regular. Os recursos pertenciam à AYMSPE, a qual os adquiriu por meio de operação jurídica regular, com aumento de capital social. Pelos seus recursos foi que houve a compra das ações da CADENCE, o que resultou em ágio. Sendo ela incorporada o ágio foi passado à CADENCE, o qual tem o direito de usá-lo nos termos da lei.

28. A questão do propósito comercial parece ter o mesmo fim. Como indicado, não se vislumbra nenhuma irregularidade em relação a qualquer das operações efetuadas no caso em questão, com base na legalidade. É se ressaltar ainda que as operações poderiam ter sido realizadas por qualquer uma das quatro sociedades em que os sócios internacionais fazem parte, mas que optaram por fazer pela AYMSPE.

29. Diante do exposto, deve a decisão da DRJ ser reformada, para que o ágio possa ser amortizado pela Recorrente, consequentemente anulando os lançamentos decorrentes da glosa da operação.

Nestes termos, observa-se que a existência de *outras quatro sociedades em que os sócios internacionais fazem parte* é diferencial invocado, apenas, para minimizar a falta de propósito comercial de AYMSPE. O fundamento primeiro da acusação fiscal, centrado no fato de o investidor estrangeiro capitalizar empresa nacional para que esta promovesse a aquisição, é refutado sob interpretação de que exigir que *a aquisição da CADENCE fosse feita por empresa já existente no Brasil seria criar exigência não prevista em lei*.

O paradigma nº 9101-002.213 já foi examinado em várias oportunidades por este Colegiado, como consolidado por esta Conselheira em voto declarado no Acórdão nº 9101-006.790:

Com respeito ao paradigma nº 9101-002.213, a PGFN o invoca por afastar a possibilidade de intermediação ou de interposição por meio de outras pessoas jurídicas (adquirentes de direito), ainda que com propósito negocial, por ausência de normatização. Contudo, esta última afirmação decorre do fato de o paradigma não fazer análise de propósito, e isto num contexto em que se afirma a existência efêmera da empresa veículo, sendo que ao fim das operações as adquirentes estrangeiras figuram como controladora da adquirida. Já no presente caso, o voto condutor do recorrido é expresso no sentido de que a adquirente estrangeira somente passou a controlar a autuada depois de o Banco Central autorizar UBS Participações incorporar Banco Pactual, dada a vedação inicial de UBS AG manter este controle.

Adicione-se que este Colegiado já rejeitou referido paradigma em outro confronto no qual a empresa-veículo *tinha função na estrutura negocial engendrada*. Neste sentido foi o voto da Conselheira Lívia De Carli Germano no Acórdão nº 9101-004.816, vencedor apenas quanto ao não conhecimento do recurso fazendário acerca do “segundo ágio”, afetado pela interposição da empresa-veículo CSHG-I¹³:

No ponto que intitula “(i) legitimidade do aproveitamento fiscal da amortização dos ágios (I e II) - necessidade de haver confusão patrimonial”, sustenta que o acórdão recorrido “admite a amortização do ágio sem a “confusão patrimonial” necessária entre a empresa investida e a real investidora, baseado no propósito negocial exibido pela empresa veículo”.

De fato, o acórdão recorrido entendeu que a chamada “empresa veículo” teve função na reestruturação societária engendrada pelo contribuinte, justificando-se sua participação na operação. Neste sentido, afirmou que “*a utilização de empresa veículo pelo Recorrente, neste caso, a empresa HGI-II, decorreu claramente de uma decisão de negócios, não somente do Recorrente, mas também dos vendedores da empresa HGI*”, bem como que “*o recorrente trouxe fundamento perfeitamente plausível para a reorganização societária concretizada, que não apenas o gozo do benefício fiscal, ao mesmo tempo em que se extinguiu qualquer possibilidade de utilização da empresa incorporada como meio de praticar ato simulado ou fraudulento.*”

O mesmo não se pode dizer do acórdão 9101-002.213, já que este deixa transparecer que admitiria a amortização fiscal do ágio se a empresa que foi chamada de “veículo” fosse materialmente existente -- o que não foi o caso, eis que ela se revelou uma empresa constituída exclusivamente para fins de permitir a amortização fiscal do ágio. Veja-se:

¹³ Participaram do presente julgamento os Conselheiros: André Mendes de Moura, Lívia De Carli Germano, Edeli Pereira Bessa, Amélia Wakako Morishita Yamamoto, Viviane Vidal Wagner, Junia Roberta Gouveia Sampaio (suplente convocada), Caio Cesar Nader Quintella, Andréa Duek Simantob (Presidente em Exercício), e divergiram quanto ao conhecimento do recurso especial acerca do segundoário os conselheiros André Mendes de Moura, Viviane Vidal Wagner, Andréa Duek Simantob e Adriana Gomes Rêgo.

Cumpra deixar claro que, se se tratasse a CC ACQUISITION CO. (BRASIL) PARTICIPAÇÕES LTDA. de uma empresa preexistente no país, e que aqui exercesse atividade econômica, ainda se poderia admitir que recebesse, ela, recursos do exterior, visando à aquisição de outra empresa também existente no país, para uma futura incorporação, direta ou reversa, entre ambas. Neste caso poder-se-ia argumentar que os efeitos fiscais teriam sido verificados unicamente no país.

Não é o caso, porém, quando se constatou que aquela sociedade (CC ACQUISITION CO. (BRASIL) PARTICIPAÇÕES LTDA.) tratava-se de uma empresa efêmera, fugaz, que, no seu próprio nome (ACQUISITION) e em seu objeto social (“tem por objeto social exclusivo a participação no capital social da COLUMBIAN CHEMICALS BRASIL LTDA.”), deixa claro ter sido projetada, apenas, para possibilitar a aquisição de outra empresa, com a sua consequente e inexorável extinção.

É dizer, ambos tais precedentes partem de premissas diversas: o paradigma, de que a chamada “veículo” era mera farsa, e o recorrido, de que a veículo tinha função na estrutura negocial engendrada. Disso se conclui que o fato de as conclusões serem diversas se deve não a uma genuína divergência jurisprudencial, mas exclusivamente em virtude da análise de contextos fáticos essencialmente diversos.

Ademais, tanto o acórdão 9101-002.213, quanto o outro precedente indicado como paradigma, o acórdão 1101-000.961, tratam da questão da “internalização do ágio” decorrente de pagamento feito por empresa estrangeira, o que simplesmente não ocorre no caso concreto, em que o ágio foi pago no Brasil por empresa brasileira (o Recorrido), em razão da aquisição de outras empresas brasileiras (HGI-II e HGI-I), ou de aquisição por empresa brasileira com recursos oriundos do exterior, do que não cogitou a fiscalização no caso concreto.

Nos dois paradigmas em questão, a fiscalização alegou que o ágio teria sido realmente pago ou suportado por pessoa diversa (a empresa estrangeira que, na opinião da fiscalização, era a “real investidora”) daquela que registrou o ágio pago e posteriormente incorporou a sociedade investida.

Diferentemente, no caso dos autos não se põe em dúvida que o Recorrido é o “real investidor”, tendo a acusação fiscal se limitado a questionar, na verdade, quem foram as “reais investidas” – nesse ponto, o acórdão recorrido entendeu que as investidas seriam a HGI-II (primeiro ágio) e CSHG-I (segundo ágio), enquanto que, para a fiscalização, seriam as empresas operacionais HG ASSET MANAGEMENT, HG SERVIÇOS INTERNACIONAIS e HG CORRETORA.

É dizer, os acórdãos indicados como paradigma trataram de hipóteses em que se questionava quem seria o real investidor, pautando-se no critério de saber quem efetivamente pagou ou arcou com o preço pago com ágio. No

caso dos autos, por outro lado, a discussão limita-se a examinar quem seriam as “reais investidas”, se HGI-II e CSHG-I, como entendeu o acórdão recorrido, ou se HG ASSET MANAGEMENT, HG SERVIÇOS INTERNACIONAIS e HG CORRETORA, como pretende a Recorrente, questão fática absolutamente peculiar e específica do caso concreto.

Neste sentido, compreendo que o recurso não pode ser conhecido quanto à primeira matéria (“(i) legitimidade do aproveitamento fiscal da amortização dos ágios (I e II) - necessidade de haver confusão patrimonial”).

Esta Conselheira concordou com o não conhecimento acerca do segundo ágio referido neste precedente justamente porque a empresa veículo CSHG-I teve finalidade reconhecida pela autoridade lançadora na primeira exigência formalizada contra o sujeito passivo, consoante voto declarado nos seguintes termos:

Ou seja, como a CSHG-I não foi classificada como empresa veículo na primeira autuação fiscal, a inadmissibilidade das amortizações promovidas após a sua incorporação pela adquirente não teria sido motivada pelo fato de CSHG-I ser uma empresa veículo, mas sim porque a confusão patrimonial exigida pela legislação deveria envolver a adquirente e as empresas operacionais, ao final, adquiridas. E esta circunstância específica, determinante para o cancelamento da exigência, em momento algum é tratada nos paradigmas indicados.

Por certo as discussões contrárias à amortização do ágio com a interposição de empresa veículo muitas vezes estão associadas ao fato de a incorporação não envolver a sociedade adquirida. Porém, a circunstância específica do presente caso é a acusação fiscal defender que a sociedade adquirida deve ser empresa operacional, e num contexto no qual a intermediária CSHG-I fora, antes, classificada como sociedade adquirida.

Aliás, a própria PGFN demonstra o contexto diferenciado das duas glosas em seu recurso especial, no qual, depois de limitar a descrição das operações aos eventos ocorridos até 28/07/2008, passa a ajustar sua argumentação, em várias passagens de seu recurso especial, para ampliar seu alcance em relação ao segundo ágio:

[...]

A PGFN, portanto, num primeiro momento defende que HG Investimentos (CSHG-I) era a sociedade adquirida, chegando a afirmar que a confusão patrimonial estabelecida entre as empresas HG INVESTIMENTOS, HG ASSET, HG CTVM e HG SERV INT e o BANCO CS autorizaria a dedução do ágio amortizado, mas depois passa a classificá-la como “ponte para a transferência” das sociedades operacionais, e a invocar excertos dos contratos firmados para defender que não havia interesse na aquisição de

CSHG-I. Ao final, arremata que a incorporação da CSHG-I nunca teria ocorrido, contrariando sua argumentação intermediária.

Observe-se, inclusive, que a acusação fiscal chega ao CARF desmerecida no ponto em que se indicou a interposição de empresa veículo para amortização fiscal do segundo ágio, dada a decisão assim proferida pela 13ª Turma de Julgamento da DRJ/Ribeirão Preto (e-fls 1242/1355):

[...]

Concluo, diante de tais circunstâncias, que a abordagem do segundo ágio exposta na acusação fiscal, na decisão de 1ª instância, no acórdão recorrido e no recurso especial não permite que se estabeleça a necessária similitude fática para constituição do dissídio jurisprudencial.

Destaque-se, como observado pela Conselheira Livia De Carli Germano no Acórdão nº 9101-004.816, que o voto condutor do paradigma nº 9101-002.213 *deixa transparecer que admitiria a amortização fiscal do ágio se a empresa que foi chamada de “veículo” fosse materialmente existente*, ao assim expressar:

Cumpra deixar claro que, se se tratasse a CC ACQUISITION CO. (BRASIL) PARTICIPAÇÕES LTDA. de uma **empresa preexistente no país, e que aqui exercesse atividade econômica**, ainda se poderia admitir que recebesse, ela, recursos do exterior, visando à aquisição de outra empresa também existente no país, para uma futura incorporação, direta ou reversa, entre ambas. Neste caso poder-se-ia argumentar que os efeitos fiscais teriam sido verificados unicamente no país. *(negrejou-se)*

Este Colegiado também rejeitou o paradigma nº 9101-002.213 com vistas à caracterização de divergência jurisprudencial em litígio que resultou no Acórdão nº 9101-006.251, nos termos do voto condutor do Conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado:

Embora haja alguma semelhança com o acórdão recorrido no tocante à utilização de uma empresa veículo para aporte de capital e aquisição da participação societária por parte de empresa estrangeira, aqui também se verificam importantes dessemelhanças fáticas que impedem a caracterização do dissídio.

Nota-se que no caso paradigma a aquisição da participação acionária da empresa no país (COLUMBIAN CHEMICALS BRASIL), cuja proprietária era outra empresa situada no exterior (COLUMBIAN INTERNACIONAL CHEMICALS), pelas empresas CC HOLDCO CAYMAN e CC HOLDCO LUXEMBURGO foi feita por intermédio de uma empresa veículo criada no país com este único propósito.

Além do fato de que todas as operações foram realizadas em curtíssimo espaço de tempo, observa-se que os recursos necessários à aquisição

ingressaram no país e na mesma data foram remetidos para a empresa vendedora situada no exterior.

Ou seja, o que se verifica naquele caso é uma transação entre duas empresas situadas no exterior acerca da participação de uma delas em empresa situada no país tendo sido identificado como único propósito da interposição da empresa veículo no país a possibilidade de internalização do ágio gerado no exterior e seu posterior aproveitamento fiscal.

A transcrição de excertos do acórdão paradigma permite visualizar melhor a operação realizada naquele caso, *verbis*:

Relatório

[...]

Reproduzo, a seguir, trecho do Termo de Verificação Fiscal de fls. 867 a 910, que contém uma síntese dos fatos que deram origem ao ágio, no caso concreto:

- A empresa COLUMBIAN CHEMICALS BRASIL LTDA. era uma subsidiária integral da sociedade COLUMBIAN INTERNATIONAL CHEMICALS CORPORATION.

[...]

- Em 06/02/2006, foi constituída a empresa veículo CC ACQUISITION CO. (BRASIL) PARTICIPAÇÕES LTDA., tendo como seus 2 (dois) únicos sócios as sociedades CC HOLDCO (LUXEMBOURG) S.ÀR.L (99,90% de participação no capital social) e CC HOLDCO (CAYMAN) LTD (0,10% de participação no capital social).

- Em 16/03/2006, as sociedades CC HOLDCO (LUXEMBOURG) S.ÀR.L e CC HOLDCO (CAYMAN) LTD integralizaram, em dinheiro, o aumento do capital social da sociedade CC ACQUISITION CO. (BRASIL) PARTICIPAÇÕES LTDA., e ainda a sociedade CC HOLDCO (LUXEMBOURG) S.ÀR.L emprestou, a título de mútuo, recursos à sociedade CC ACQUISITION CO. (BRASIL) PARTICIPAÇÕES LTDA, tendo como objetivo o pagamento à sociedade COLUMBIAN INTERNATIONAL CHEMICALS CORPORATION, através da empresa veículo CC ACQUISITION CO. (BRASIL) PARTICIPAÇÕES LTDA., do ágio no valor de R\$ 215.159.478,40, referente à aquisição da empresa COLUMBIAN CHEMICALS BRASIL LTDA.

[...]

- Em 14/07/2006, a empresa CC ACQUISITION CO. (BRASIL) PARTICIPAÇÕES LTDA. é incorporada pela empresa COLUMBIAN CHEMICALS BRASIL LTDA. que passa, a partir dessa data, a amortizar o referido ágio.

De acordo com a autoridade fiscal, a real operação econômica ocorrida foi a de que, em 16/03/2006, as sociedades CC HOLDCO (LUXEMBOURG) S.ÀR.L e CC HOLDCO (CAYMAN) LTD, sediadas no exterior, adquiriram a empresa COLUMBIAN CHEMICALS BRASIL LTDA. pagando à COLUMBIAN INTERNATIONAL CHEMICALS CORPORATION, também no exterior, o ágio de R\$ 215.159.478,40, de acordo com a seguinte representação gráfica:

[...]

Assim, o que houve foi tão somente o pagamento efetuado por um não residente a outro não residente, pela aquisição de uma empresa domiciliada no Brasil. O ágio foi desembolsado no exterior e deveria ter sido lá contabilizado pela compradora estrangeira. O uso da empresa veículo teve como único objetivo carrear o ágio para o território nacional, com a conseqüente amortização pela própria empresa adquirida, reduzindo as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL. Uma operação de compra e venda entre não residentes foi travestida de investimento direto e empréstimo. Os recursos financeiros desta aquisição apenas transitaram pelo território nacional, e em um único dia (16/03/2006), pois tiveram como origem e destino empresas no exterior. A empresa veículo não produziu qualquer atividade econômica e foi extinta logo em seguida à operação realizada, de modo que os recursos que entraram no país não podem ser caracterizados como capitais estrangeiros, conforme a definição prescrita no art. 1º da Lei nº 4.131/62.

[...]

Voto

[...]

Sopesados os argumentos da recorrente, os argumentos contidos no ac. recorrido e nas contrarrazões, em relação ao mérito, no que diz respeito aproveitamento do ágio, entendo não ter razão o contribuinte, devendo ser provido o recurso fazendário.

Não obstante tenha havido a efetiva transferência de recursos das sociedades CC HOLDCO S.ÀR.L (LUXEMBOURG) e CC HOLDCO (LTD CAYMAN) - HOLDCO para a sociedade CC ACQUISITION CO. (BRASIL) PARTICIPAÇÕES LTDA., **na realidade essa última empresa apenas serviu de receptáculo de tais recursos que, no mesmo dia, foram transferidos, de imediato, para a sociedade COLUMBIAN INTERNATIONAL CHEMICALS CORPORATION (USA)**, visando à aquisição da empresa recorrente, COLUMBIAN CHEMICALS BRASIL LTDA.

E tudo isso com o específico fim de permitir a criação de ágio no País, supostamente passível de amortização e, ainda, garantir a remessa, ao exterior, de valores decorrentes da integralização de aumento de capital e do mútuo efetuados com a CC ACQUISITION CO. (BRASIL) PARTICIPAÇÕES LTDA.

Ou seja, em última análise, os recursos que permitiram a aquisição da recorrente foram oriundos exclusivamente do exterior — e não do País —, e foram pagos a outra empresa também fora do país, motivo pelo qual não se pode ter como válido, para fins de amortização, o ágio então formado.

É que, para que se possa processar essa amortização, é pressuposto inarredável a existência de confusão patrimonial, consistente em haver, no mesmo patrimônio da empresa resultante da incorporação, ágio e rentabilidade, ou ágio e valorização patrimonial, conforme o caso. O que não ocorreu no presente caso, já que o adquirente CC HOLDCO (CC HOLDCO LTD CAYMAN + CC HOLDCO LUXEMBOURG) a adquirida (COLUMBIAN CHEMICALS DO BRASIL) continuam entidades absolutamente distintas após as operações societárias objeto de discussão, mormente em virtude de que os recursos da aquisição apenas transitam pela economia brasileira, sendo originados no exterior e em sequência retornados ao exterior.

Veja-se que é exatamente isto que preconiza a legislação de regência, quando diz “poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea “b” do § 2º do art. 20 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração”, 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” (inciso III e caput do art. 7º da Lei 9.532/1997). Mas veja-se que o permissivo legal não ocorre no caso, reitere-se, pois a empresa adquirente CC HOLDCO (CC HOLDCO LTD CAYMAN + CC HOLDCO LUXEMBOURG), que adquiriu a COLUMBIAN CHEMICALS DO BRASIL, pagando no exterior (via remessa a partir do Brasil, de recurso para cá enviados pro ela com este fim) à COLUMBIAN INTERNATIONAL CHEMICALS CORPORATION (USA), não incorpora nem é incorporada pela adquirida (COLUMBIAN CHEMICALS DO BRASIL).

[...]

Como se vê, embora ambos os acórdãos cotejados tratem da utilização de empresa veículo para a aquisição e da ausência de confusão patrimonial entre a real investidora e a investida, notam-se significativas diferenças fáticas entre os casos, de sorte que não é possível afirmar como o colegiado que proferiu o acórdão paradigma analisaria o presente caso.

Destarte, entendo que não ficou efetivamente caracterizada a divergência suscitada em face do segundo paradigma. *(destaques do original)*

Neste segundo precedente, a PGFN questionava a amortização de ágio decorrente de operação no qual a pessoa jurídica indicada como empresa-veículo *foi a responsável pelas transações no país, inclusive perante a CVM, e manteve-se ativa por 3 anos até que foram realizadas as operações societárias que permitiram a amortização do ágio pago na aquisição do controle acionário*. Diante da dessemelhança constatada quanto a este aspecto (operações da empresa-veículo), o recurso especial fazendário não foi conhecido.

Adicione-se, também, a rejeição deste paradigma no Acórdão nº 9101-006.253, quando confrontado o entendimento expresso pelo Colegiado *a quo* na citada decisão assemelhada proferida no Acórdão nº 1302-003.339, nos termos do voto condutor da Conselheira Lívia De Carli Germano:

No caso dos autos, empresas estrangeiras capitalizaram recursos em sociedade brasileira que se alega ter tido existência efêmera, e esta utilizou os recursos para adquirir participação societária de terceiros, apurando ágio em tal operação. Este foi o cenário analisado pelo acórdão recorrido, cujo voto vencedor cancela a autuação por entender que *“o simples fato de se verificar o uso de uma empresa veículo, não é, per se, suficiente para retirar dos negócios pactuados, sob a ótica fiscal, a necessária substância econômica dos negócios”*, do que conclui (grifamos):

Lado outro, como afirmado acima, ainda que os valores utilizados na aquisição da recorrente tenham advindo de empresas situadas no exterior, tais valores foram enviados ao Brasil pelo canais legais e obrigatórios e, uma vez empregados, geraram, ganho de capital oferecido à tributação. Este fato, na minha concepção, é suficiente inclusive para afastar eventual alegação de simulação (ou, de outra sorte, ter-se-ia que admitir, também, o direito da empresa adquirida pleitear a restituição do IR/recolhido sob o aludido ganho de capital dado que o imposto não pode incidir sobre fato ilícito, conforme definição do art. 3º do CTN).

A efemeridade da chamada “empresa veículo” é circunstância mencionada no acórdão paradigma 9101-002.213, sendo que, neste, o voto condutor do então Conselheiro Marcos Aurélio Pereira Valadão mantém a autuação, entendendo que não se atingiu a necessária confusão patrimonial, *in verbis*:

[...]

Não obstante, o paradigma 9101-002.213 contem situação fática específica que não ocorre nos presentes autos, e que foi mencionada naquele voto condutor como relevante para a manutenção da autuação. A análise desse paradigma foi feita nesta mesma reunião de 10 agosto de 2022, no julgamento do acórdão 9101-006.251, ocasião em que o ali Relator, Conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado, pontuou os aspectos relevantes de tal precedente:

[...]

Como se percebe, o acórdão 9101-002.213 tratou de acusação fiscal de venda entre empresas estrangeiras ocorrida no contexto em que os recursos financeiros são provenientes do exterior e retornam ao exterior em um único dia, e o voto condutor menciona essa circunstância como fator relevante para manter a glosa do ágio ali analisado.

Assim, compreendo que não resta demonstrada a divergência jurisprudencial com relação ao paradigma 9101-002.213.

Houve, ainda, a objeção assim manifestada pelo Conselheiro Luis Henrique Marotti Toselli no Acórdão nº 9101-006.486:

Quanto ao *segundo paradigma* (Acórdão nº **9101-002.213**), a Recorrente relata que (fls. 4.084):

(...)

No acórdão paradigma, **o uso da empresa veículo**, CC ACQUISITION BRASIL, teve **como único objetivo carrear o ágio para o território nacional**, com a consequente amortização pela própria empresa adquirida, COLUMBIAN CHEMICALS BRASIL, reduzindo as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL. **Uma operação de compra e venda entre não residentes foi travestida de investimento direto e empréstimo**. Os recursos financeiros desta aquisição apenas transitaram pelo território nacional, e em um único dia (16/03/2006), pois tiveram como origem e destino empresas no exterior. A empresa veículo não produziu qualquer atividade econômica e foi extinta logo em seguida à operação realizada.

E do voto condutor desse julgado extrai-se que:

Não obstante tenha havido a efetiva transferência de recursos das sociedades CC HOLDCO S.ÀR.L (LUXEMBOURG) e CC HOLDCO (LTD CAYMAN) - HOLDCO para a sociedade CC ACQUISITION CO. (BRASIL) PARTICIPAÇÕES LTDA., na realidade essa última empresa apenas serviu de receptáculo de tais recursos que, no mesmo dia, foram transferidos, de imediato, para a sociedade COLUMBIAN INTERNATIONAL CHEMICALS CORPORATION (USA), visando à aquisição da empresa recorrente, COLUMBIAN CHEMICALS BRASIL LTDA.

E tudo isso com o específico fim de permitir a criação de ágio no País, supostamente passível de amortização e, ainda, garantir a remessa, ao exterior, de valores decorrentes da integralização de aumento de capital e do mútuo efetuados com a CC ACQUISITION CO. (BRASIL) PARTICIPAÇÕES LTDA.

Ou seja, em última análise, os recursos que permitiram a aquisição da recorrente foram oriundos exclusivamente do exterior — e não do País —, e foram pagos a outra empresa também fora do país, motivo pelo qual não se pode ter como válido, para fins de amortização, o ágio então formado.

É que, para que se possa processar essa amortização, é pressuposto inarredável a existência de confusão patrimonial, consistente em haver, no mesmo patrimônio da empresa resultante da incorporação, ágio e rentabilidade, ou ágio e valorização patrimonial, conforme o caso. O que não ocorreu no presente caso, já que o adquirente CC HOLDCO (CC HOLDCO LTD CAYMAN + CC HOLDCO LUXEMBOURG) a adquirida (COLUMBIAN CHEMICALS DO BRASIL) continuam entidades absolutamente distintas após as operações societárias objeto de discussão, mormente em virtude de que os recursos da aquisição apenas transitam pela economia brasileira, sendo originados no exterior e em sequência retornados ao exterior.

Trata-se, a toda evidência, de circunstância fática incomparável. Aqui, repita-se, a decisão recorrida entendeu legítima a utilização de *holdings* sob a premissa de que elas de fato figuraram como empresas adquirentes dos investimentos com ágio, em operações que duraram um longo período (2000 a 2004) e com propósito negocial identificado em face de exigência da ANATEL e em cumprimento de cláusula contratual da concessão. Lá, ao contrário, o ágio foi considerado indedutível com base na origem e destino dos recursos, bem como do domicílio das partes envolvidas, fatos estes que influenciaram diretamente a convicção de que teria havido mera interposição simulada de empresa veículo de *curta duração* e *sem propósito negocial*.

Diante dessas diferenças fáticas apontadas - determinantes para as distintas soluções jurídicas -, não conheço da presente matéria. (*destaques do original*)

E esta Conselheira concordou com a conclusão de não conhecimento, declarando voto do qual destaca:

Contudo, o voto condutor do acórdão recorrido, para além de apontar as restrições do setor de telecomunicações, também destacou o fato de todas as operações serem complexas e durarem muitos anos, com vistas à efetivação da aquisição das investidas. E, sob esta ótica, os casos

comparados se distinguem substancialmente porque, como bem observado pelo I. Relator, no paradigma a aquisição foi promovida por múltiplos adquirentes, em leilão de privatização do setor energético, seguindo-se a transferência das ações para uma empresa veículo que, no mês seguinte, é incorporada pela investida para viabilizar a amortização do ágio.

Extrai-se do voto condutor do recorrido que as restrições da ANATEL impuseram às adquirentes estrangeiras, que necessitavam promover investimentos nas empresas operacionais no Brasil sem poder controlá-las, realizar operações tidas como *complexas* e *durante anos*, até que a aquisição fosse autorizada. Sob esta ótica, o Colegiado *a quo* vislumbra que as empresas-veículo tiveram alguma finalidade ao longo dos anos em que os investimentos foram feitos no Brasil, e a peculiaridade de o paradigma tratar de uma aquisição direta, posteriormente aportada de forma efêmera em uma empresa-veículo, impede cogitar se o Colegiado que proferiu o paradigma adotaria a mesma interpretação em face das circunstâncias aqui presentes.

O segundo paradigma, nº 9101-002.213, por sua vez, traz circunstâncias específicas da operação lá analisada, que não se limitaram ao aporte de investidor estrangeiro em empresa veículo para aquisição de empresa nacional, e apresentou outras finalidades, para além da efemeridade das operações, em trecho destacado pela própria PGFN em seu recurso especial:

Cumpra deixar claro que, se se tratasse a CC ACQUISITION CO. (BRASIL) PARTICIPAÇÕES LTDA. de uma empresa preexistente no país, e que aqui exercesse atividade econômica, ainda se poderia admitir que recebesse, ela, recursos do exterior, visando à aquisição de outra empresa também existente no país, para uma futura incorporação, direta ou reversa, entre ambas. Neste caso poder-se-ia argumentar que os efeitos fiscais teriam sido verificados unicamente no país.

Não é o caso, porém, quando se constatou que aquela sociedade (CC ACQUISITION CO. (BRASIL) PARTICIPAÇÕES LTDA.) tratava-se de uma empresa efêmera, fugaz, que, no seu próprio nome (ACQUISITION) e em seu objeto social (“tem por objeto social exclusivo a participação no capital social da COLUMBIAN CHEMICALS BRASIL LTDA.”), deixa claro ter sido projetada, apenas, para possibilitar a aquisição de outra empresa, com a sua consequente e inexorável extinção.

Assim, como bem evidenciado pela Fazenda Nacional, em seu recurso especial, o ágio deduzido pela recorrente (investida) é indedutível, nos termos da legislação fiscal, pela inexistência da necessária confusão patrimonial com as suas reais investidoras CC

HOLDCO (CC HOLDCO LTD CAYMAN + CC HOLDCO LUXEMBURGO). O que se aplica à base de cálculo do IRPJ e da CSLL, mesmo porque não se vislumbra a possibilidade de tratamento diferenciado neste caso.

Do exposto, voto por dar provimento ao recurso especial da Fazenda Nacional. *(destaque do recurso especial)*

Evidente, assim, a dessemelhança entre os acórdãos comparados, e em tais circunstâncias o dissídio jurisprudencial não se estabelece. *(destaques do original)*

Por fim, o paradigma nº 9101-002.213 também foi rejeitado no Acórdão nº 9101-006.533, dada a pessoa jurídica referida como empresa-veículo ter *vida econômica própria, autônoma, operacional*, desde 1997, além de ter sido objeto de aquisição pelo mesmo investidor estrangeiro, antes de sua unificação à Contribuinte atuada.

Embora a operação analisada no paradigma também refira adquirente estrangeiro, a estrutura se destinou a ingresso e saída de recursos de e para o exterior, mantendo-se no Brasil apenas o ágio a ser amortizado com extinção da empresa-veículo constituída para tanto, aqui a operação se dá no contexto regulado do Sistema Financeiro Nacional, o que também se soma à efemeridade da empresa-veículo referida no paradigma como diferenciais que impedem a caracterização do dissídio jurisprudencial. *(destaques do original)*

Também aqui, embora haja similitude entre os casos em face do aporte de investidor estrangeiro em empresa-veículo constituída, apenas, para aquisição do investimento com ágio e de existência efêmera, cabe reiterar o diferencial observado pelo Conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado, no Acórdão nº 9101-006.251, e pela Conselheira Lívia De Carli Germano, no Acórdão nº 9101-006.253: na operação analisada no paradigma, os recursos financeiros são provenientes do exterior e retornam ao exterior em um único dia, e não beneficiam alienantes nacionais submetidos à tributação do ganho de capital auferido. A empresa-veículo, assim, foi constituída para simular a existência, no Brasil, de uma aquisição promovida no exterior. Aqui não há qualquer notícia neste sentido no acórdão recorrido, e inclusive está indicado nos quadros representativos da operação que 20% das ações da Contribuinte permaneceram na propriedade de *holding* nacional constituída por diversas pessoas físicas.

Tem razão a Contribuinte, portanto, quando aponta que o primeiro paradigma admitido não se presta à caracterização do dissídio jurisprudencial suscitado.

Já no paradigma nº 9101-002.962 constatou-se que *a aquisição foi feita, de fato, por CARREFOUR BV, empresa sediada nos Países Baixos, tendo a KORCULA sido utilizada com o fim único de possibilitar a extinção do investimento adquirido com ágio e, assim, de forma artificial, possibilitar a dedução da amortização desse ágio como despesa das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL (KORCULA exerceu a função de "empresa veículo")*. O voto condutor deste paradigma se opõe à confusão patrimonial apenas aparente que vislumbra em tais circunstâncias:

Nesse quadro, da mesma forma que o ágio em si não pode ser artificial para que se possa admitir a dedução da despesa com sua amortização (esta 1ª Turma tem sistematicamente mantido glosas em que o ágio foi gerado artificialmente dentro de grupo econômico, sem qualquer dispêndio), também não se pode admitir sua dedução quando a confusão patrimonial é apenas aparente. Assim, caso a empresa investidora cujo patrimônio se encontrou com a empresa investida em decorrência de evento de incorporação, cisão ou fusão não for aquela que efetivamente suportou a aquisição do investimento, a despesa com amortização do ágio não poderá ser deduzida na apuração do IRPJ e da CSLL.

[...]

No presente caso não é preciso muito esforço para se verificar que a confusão patrimonial entre investidora e investida é apenas aparente. Isso porque a investidora (KORCULA) cujo patrimônio se encontrou com o da investida (ATACADÃO) por ocasião de sua incorporação reversa não foi quem, de fato, efetivamente incorreu no esforço para adquirir o investimento com ágio. Não é ela (KORCULA) a investidora real (ou originária), mas sim empresa efêmera pela qual recursos e ágio apenas transitaram ("empresa veículo", para se usar a expressão corrente na doutrina e na jurisprudência).

[...]

Tome-se, por exemplo, o curto espaço de tempo entre a passagem da KORCULA pelo Grupo Carrefour e a efetuação da aquisição do ATACADÃO, bem como a **inexistência de estrutura operativa nessa empresa**, consideradas a magnitude e a complexidade do negócio, que envolvia avaliação de ativos e ágio por rentabilidade futura. Veja-se:

[...]

E ainda a inconsistência e a incapacidade de a Fiscalizada **justificar a existência** da KORCULA:

[...] (*negrejou-se*)

A Contribuinte observou que neste paradigma não houve, como no recorrido, cogitação da outra investida do Grupo Carrefour no Brasil – que denomina Carrefour Brasil – promover a aquisição da participação societária em Atacadão S/A. De fato, a existência de outras investidas no Brasil está demonstrada no paradigma, em posição na qual uma delas – a citada Carrefour Brasil - detém pequena parcela de participação na empresa-veículo KORCULA, controlada por BREPA – outra investida do Grupo no Brasil -, que recebe e transfere a KORCULA parte dos recursos advindos do exterior, os quais, juntamente com o empréstimo recebido diretamente do exterior, são destinados à aquisição do investimento com ágio cujas amortizações são glosadas.

Contudo, para além de a omissão quanto àquela possibilidade não configurar necessariamente distinção em relação ao recorrido, há no voto condutor do paradigma

referências à impropriedade desta argumentação sob a ótica da outra investida existente no Brasil (BREPA). Nos termos a seguir transcritos, constata-se que para minimizar os efeitos da escolha feita pelo grupo seria necessário avaliar se havia interesse/possibilidade de unificação do negócio adquirido com a outra investida brasileira:

Se a aquisição pelo Grupo Carrefour de ATACADÃO da maneira pretendida (mantendo a holding BREPA como controladora no país das empresas operacionais, inclusive ATACADÃO) não iria conformar situação que permitisse a dedução da amortização do ágio pago na aquisição, a interposição de empresa no processo não tem o condão de reconfigurar as regras para permitir os efeitos fiscais pretendidos. O acórdão recorrido, aliás, enfrentou com muita propriedade esse aspecto, não assistindo razão à ora Recorrente quando tenta contrapor tais argumentos. Confira-se:

Nesse sentido, compulsando os autos, percebe-se claramente que o investimento realizado (aquisição das ações da RECORRENTE), e adquirido com ágio, comporia o ativo da então adquirente, provavelmente, por tempo indeterminado, haja vista a continuidade das operações, em seu próprio nome, por parte da RECORRENTE.

Assim, caso a aquisição fosse realizada pela holding que efetivamente atuava (BREPA), ou qualquer outra empresa operacional do grupo Carrefour no Brasil, não haveria qualquer extinção do investimento, haja vista a continuidade das operações da RECORRENTE.

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

(...)

Isso porque o fato de a formação do ágio ter cumprido os requisitos legais estabelecidos, em especial aqueles em que essa turma firmou entendimento necessários (o efetivo pagamento do custo total de aquisição, inclusive o ágio; a realização das operações originais entre partes não ligadas; seja demonstrada a lisura na avaliação da empresa adquirida, bem como a expectativa de rentabilidade futura), não possui o condão de permitir que a regra geral seja desrespeitada, qual seja, o ágio deverá compor o custo do investimento para fins de apuração de ganho de capital em eventual alienação (inteligência do art. 391 c/c art. 426, II, ambos do RIR/99).

A meu ver, independentemente do desenho das operações e dos eventuais propósitos negociais na utilização de empresas veículo, não havendo extinção do investimento adquirido com ágio mediante confusão

patrimonial entre investida e investidora, não há que se falar em dedutibilidade do ágio.

Assim, há similitude suficiente em face do paradigma nº 9101-002.962, razão pela qual o recurso especial da PGFN, na primeira matéria, deve ser CONHECIDO apenas em face dele.

Quanto à *possibilidade de cumulação da multa isolada e multa de ofício (a partir de 2007)*, tem-se que o Colegiado *a quo* assim decidiu:

Acordam os membros do colegiado, em face do empate no julgamento, conforme determinação do art. 19-E da Lei nº 10.522/2002, acrescido pelo art. 28 da Lei nº 13.988/2020, dar provimento ao recurso voluntário para reconhecer a amortização do ágio e cancelar os Autos de Infração de IRPJ, de CSLL e de multa isolada, vencidos os Conselheiros Marco Rogério Borges, Evandro Correa Dias, Carmen Ferreira Saraiva e Paulo Mateus Ciccone que negavam provimento. Os Conselheiros Antonio Paulo Machado Gomes e Junia Roberta Gouveia Sampaio votaram com o Relator pelas conclusões.

Embora a conclusão na matéria precedente tenha sido de que *deve a decisão da DRJ ser reformada, para que o ágio possa ser amortizado pela Recorrente, conseqüentemente anulando os lançamentos decorrentes da glosa da operação*, o voto condutor do acórdão recorrido abordou a *cumulação da multa isolada com a multa de ofício* e deduziu um segundo fundamento para que esta exigência específica também fosse cancelada.

Sob esta ótica, o exame de admissibilidade andou bem em reconhecer a divergência jurisprudencial em face do paradigma nº 9101-003.596 que, diante do cancelamento parcial de exigência de multas isoladas concomitantemente com multa proporcional aplicada sobre os tributos devidos ao final do ano-calendário, decidiu *reconhecer a possibilidade de aplicação simultânea (ou concomitante) da multa de ofício por falta de pagamento de IRPJ e CSLL apurados ao final do ano-calendário e das multas isoladas por falta de recolhimento de estimativas mensais desses tributos restabelecendo-se a base de cálculo da multa isolada conforme consta do auto de infração*, e assim expressou fundamento suficiente para reverter o entendimento do Colegiado *a quo* no sentido de que *a verificação de duplicidade na aplicação da multa não deve levar em consideração apenas a base de cálculo sobre a qual a penalidade é calculada, mas principal e especialmente qual o motivo pelo qual a sanção surgiu*, bem como de que a partir de 2007 seria aplicável o racional da Súmula CARF nº 105.

Assim, também neste segundo ponto o recurso especial fazendário deve ser CONHECIDO.

Recurso especial da PGFN - Mérito

Como descrito no conhecimento, a divergência jurisprudencial demonstrada reside na interpretação firmada, no voto condutor do acórdão recorrido, de que a amortização fiscal de ágio permitida pelos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97 não é prejudicada por *operação de aquisição anterior de uma pessoa jurídica, terceira, para a posterior compra de outra com sua conseqüente*

incorporação, inexistindo exigência legal de a empresa incorporada ter sido criada anteriormente ou com intuito específico. Ademais, o adquirente está definido em lei sob o viés *jurídico-econômico*, no sentido de que aquele que suporta o encargo deve ser caracterizado pela sua *situação jurídica*, sendo equivocada a interpretação com suporte apenas econômico.

O cerne da discussão, assim, se situa na própria dicção do *caput* do art. 7º da Lei nº 9.532/97, segundo o qual a amortização fiscal do ágio é facultada 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. Essencialmente questiona-se quem é o adquirente da participação societária quando há interposição de pessoa jurídica que opera, apenas, para recebimento dos recursos e sua destinação aos alienantes do investimento adquirido.

O voto condutor do paradigma nº 9101-002.962 se pauta nos fundamentos expostos pelo ex-Conselheiro André Mendes de Moura originalmente no Acórdão nº 9101-002.304, e que foram consolidados como premissas de julgamento adotadas pela maioria qualificada desta Turma por largo tempo, destacando-se, neste sentido, o voto condutor do Acórdão nº 9101-004.498, nos seguintes termos:

Propõe-se, inicialmente, discorrer sobre uma análise histórica e sistêmica sobre o tema, para depois tratar do caso concreto.

1. Conceito e Contexto Histórico

Pode-se entender o ágio como um sobrepreço pago sobre o valor de um ativo (mercadoria, investimento, dentre outros).

Tratando-se de investimento decorrente de uma participação societária em uma empresa, em brevíssima síntese, o ágio é formado quando uma primeira pessoa jurídica adquire de uma segunda pessoa jurídica um investimento em valor superior ao seu valor patrimonial. O investimento em questão são ações de uma terceira pessoa jurídica, que são avaliadas pelo método contábil da equivalência patrimonial. Ou seja, a **empresa A** detém ações da **empresa B**, avaliadas patrimonialmente em 60 unidades. A **empresa C** adquire, junto à **empresa A**, as ações da empresa B, por 100 unidades. A **empresa C** é a investidora e a **empresa B** é a investida.

Fato é que emergem dois critérios para a apuração do ágio.

Adotando-se os padrões da ciência contábil, apesar das ações estarem avaliadas patrimonialmente em 60 unidades, deveriam ainda ser objeto de majoração, ao ser considerar, **primeiro**, se o valor de mercado dos ativos tangíveis seria superior ao contabilizado. Assim, supondo-se que, apesar do patrimônio ter sido avaliado em 60 unidades, o valor de mercado seria de 70 unidades, considera-se para fins de apuração 70 unidades. **Segundo**, caso se constate a presença de ativos intangíveis sem reconhecimento contábil no valor de 12 unidades, tem-se, ao final, que o ágio, denominado *goodwill*, seria a diferença entre o valor pago (100

unidades) e o valor de mercado mais intangíveis (60 + 10 + 12 = 82 unidades). Ou seja, o ágio passível de aproveitamento pela empresa C, decorrente da aquisição da empresa B, mediante atendimento de condições legais, seria no valor de 18 unidades.

Ocorre que o legislador, ao editar o Decreto-Lei nº 1.598, de 27/12/1977, resolveu adotar um conceito jurídico para o ágio próprio para fins tributários.

Isso porque positivou no art. 20 do mencionado decreto-lei que o denominado ágio poderia ter três fundamentos econômicos, baseados: (1) no sobrepreço dos ativos; e/ou (2) na expectativa de rentabilidade futura do investimento adquirido e/ou (3) no fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas. E, posteriormente, os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 10/12/1997, autorizaram a amortização do ágio nos casos (1) e (2), mediante atendimento de determinadas condições.

Na medida em que a lei não determinou nenhum critério para a utilização dos fundamentos econômicos, consolidou-se a prática de se adotar, em praticamente todas as operações de transformação societária, o reconhecimento do ágio amparado exclusivamente no caso (2): expectativa de rentabilidade futura do investimento adquirido. O ágio passou a ser simplesmente a diferença entre o custo de aquisição e o valor patrimonial do investimento.

Assim, voltando ao exemplo, a empresa C, investidora, ao adquirir ações da empresa investida B avaliadas patrimonialmente em 60 unidades, pelo valor de 100 unidades, poderia justificar o sobrepreço de 40 unidades integralmente com base no fundamento econômico de expectativa de rentabilidade futura do investimento adquirido. Na realidade, a legislação tributária ampliou o conceito do *goodwill*.

E como dar-se-ia o aproveitamento do ágio?

Em duas situações.

Na primeira, quando a empresa C realizasse o investimento, por exemplo, ao alienar a empresa B para uma outra pessoa jurídica. Assim, se vendesse a empresa B para a empresa D por 150 unidades, apuraria um ganho de 50 unidades. Isso porque, ao patrimônio líquido da empresa alienada, de 60 unidades, seria adicionado o ágio de 40 unidades. Assim, a base de cálculo para apuração do ganho de capital seria a diferença entre 150 e 100 unidades, perfazendo 50 unidades.

Na segunda, no caso de a empresa C (investidora) e a empresa B (investida) promoverem uma transformação societária (incorporação, fusão ou cisão), de modo em que passem a integrar uma mesma universalidade. Por exemplo, a empresa B incorpora a empresa C, ou, a empresa C incorpora a empresa B. Nesse caso, o valor de ágio de 40 unidades poderia passar a ser **amortizado**, para fins fiscais, no prazo de sessenta meses, resultando em uma redução na base de cálculo do IRPJ e CSLL a pagar.

Naturalmente, no Brasil, em relação ao ágio, a contabilidade empresarial pautou-se pelas diretrizes da contabilidade fiscal, até a edição da Lei nº 11.638, de 2007. O novo diploma norteou-se pela busca de uma adequação aos padrões internacionais para a contabilidade, adotando, principalmente, como diretrizes a busca da primazia da essência sobre a forma e a orientação por princípios sobrepondo-se a um conjunto de regras detalhadas baseadas em aspectos de ordem escritural¹⁴. Nesse contexto, houve um realinhamento das normas contábeis no Brasil, e por consequência do conceito do *goodwill*. Em síntese, ágio contábil passa (melhor dizendo, volta) a ser a diferença entre o valor da aquisição e o valor patrimonial justo dos ativos (patrimônio líquido ajustado pelo valor justo dos ativos e passivos).

E recentemente, por meio da Lei nº 12.973, de 13/05/2014, o legislador promoveu uma aproximação do conceito jurídico-tributário do ágio com o conceito contábil da Lei nº 11.638, de 2007, além de novas regras para o seu aproveitamento, que não são objeto de análise do presente voto.

Enfim, resta evidente que o conceito do ágio tratado para o caso concreto, disciplinado pelo art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 27/12/1977 e os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 10/12/1997, alinha-se a um **conceito jurídico determinado pela legislação tributária**.

Trata-se, portanto, de instituto jurídico-tributário, premissa para a sua análise sob uma perspectiva histórica e sistêmica.

2. Aproveitamento do Ágio. Hipóteses

Apesar de já ter sido apreciado singelamente no tópico anterior, o **destino** que pode ser dado ao ágio contabilizado pela empresa investidora merece uma análise mais detalhada.

Há que se observar, inicialmente, como o art. 219 da Lei nº 6.404, de 1.976 trata das hipóteses de extinção da pessoa jurídica:

Art. 219. Extingue-se a companhia:

I - pelo encerramento da liquidação;

II - pela incorporação ou fusão, e pela cisão com versão de todo o patrimônio em outras sociedades.

E, ao se tratar de ágio, vale destacar, mais uma vez, os dois sujeitos, as duas partes envolvidas na sua criação: a pessoa jurídica **investidora** e a pessoa jurídica **investida, sendo a investidora** é aquela que adquiriu a **investida**, com sobrepreço.

Não por acaso, **são dois eventos em que a investidora pode se aproveitar do ágio contabilizado: (1) a investidora deixa de ser a detentora do investimento, ao**

¹⁴ IUDÍCIBUS, Sérgio de. Manual de contabilidade das sociedades por ações: (aplicável às demais sociedades), 1ª ed. São Paulo : Editora Atlas, 2008, p. 31

alienar a participação da pessoa jurídica adquirida com ágio; (2) a investidora e a investida transformam-se em uma só universalidade (em eventos de cisão, transformação e fusão).

Pode-se dizer que os eventos (1) e (2) guardam correlação, respectivamente, com os incisos I e II da lei que dispõe sobre as Sociedades por Ações.

3. Aproveitamento do Ágio. Separação de Investidora e Investida

No primeiro evento, trata-se de situação no qual a investidora aliena o investimento para uma terceira empresa. Nesse caso, o ágio passa a integrar o valor patrimonial do investimento para fins de apuração do ganho de capital e, assim, reduz a base de cálculo do IRPJ e da CSLL. A situação é tratada pelo Decreto-Lei nº 1.598, de 27/12/1977, arts. 391 e 426 do RIR/99:

Art. 391. As contrapartidas da amortização do ágio ou deságio de que trata o art. 385 não serão computadas na determinação do lucro real, ressalvado o disposto no art. 426 (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 25, e Decreto-Lei nº 1.730, de 1979, art. 1º, inciso III).

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

(...)

Art. 426. O valor contábil para efeito de determinar o ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação de investimento em coligada ou controlada avaliado pelo valor de patrimônio líquido (art. 384), será a soma algébrica dos seguintes valores (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 33, e Decreto-Lei nº 1.730, de 1979, art. 1º, inciso V):

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

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

III - provisão para perdas que tiver sido computada, como dedução, na determinação do lucro real, observado o disposto no parágrafo único do artigo anterior. (...) (grifei)

Assim, o aproveitamento do ágio ocorre no momento em que o investimento que lhe deu causa foi objeto de **alienação ou liquidação**.

4. Aproveitamento do Ágio. Encontro entre Investidora e Investida

Já o segundo evento aplica-se quando a investidora e a investida transformarem-se em uma só universalidade (em eventos de **cisão, transformação e fusão**). O

ágio pode se tornar uma **despesa de amortização**, desde que preenchidos os requisitos da legislação e no contexto de uma transformação societária envolvendo a investidora e a investida.

Contudo, sobre o assunto, há evolução legislativa que merece ser apresentada.

Primeiro, o tratamento conferido à participação societária extinta em fusão, incorporação ou cisão, atendia o disposto no art. 34 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977:

Art 34 - Na fusão, incorporação ou cisão de sociedades com extinção de ações ou quotas de capital de uma possuída por outra, a diferença entre o valor contábil das ações ou quotas extintas e o valor de acervo líquido que as substituir será computado na determinação do lucro real de acordo com as seguintes normas: (Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

I - somente será dedutível como perda de capital a diferença entre o valor contábil e o valor de acervo líquido avaliado a preços de mercado, e o contribuinte poderá, para efeito de determinar o lucro real, optar pelo tratamento da diferença como ativo diferido, amortizável no prazo máximo de 10 anos; (Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

II - será computado como ganho de capital o valor pelo qual tiver sido recebido o acervo líquido que exceder o valor contábil das ações ou quotas extintas, mas o contribuinte poderá, observado o disposto nos §§ 1º e 2º, diferir a tributação sobre a parte do ganho de capital em bens do ativo permanente, até que esse seja realizado. (Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

§ 1º O contribuinte somente poderá diferir a tributação da parte do ganho de capital correspondente a bens do ativo permanente se: (Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

a) discriminar os bens do acervo líquido recebido a que corresponder o ganho de capital diferido, de modo a permitir a determinação do valor realizado em cada período-base; e (Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

b) manter, no livro de que trata o item I do artigo 8º, conta de controle do ganho de capital ainda não tributado, cujo saldo ficará sujeito a correção monetária anual, por ocasião do balanço, aos mesmos coeficientes aplicados na correção do ativo permanente. (Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

§ 2º - O contribuinte deve computar no lucro real de cada período-base a parte do ganho de capital realizada mediante alienação ou liquidação, ou através de quotas de depreciação, amortização ou exaustão deduzidas como custo ou despesa operacional. (Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

O que se pode observar é que o único requisito a ser cumprido, como perda de capital, é que o acervo líquido vertido em razão da incorporação, fusão ou cisão estivesse avaliado a preços de mercado. Contudo, para que se consumasse a perda de capital prevista no inciso I, o valor contábil deveria ser maior do que o acervo líquido avaliado a preços de mercado, e tal situação se mostraria viável, especialmente, quando, imediatamente após à aquisição do investimento com ágio, ocorresse a operação de incorporação, fusão ou cisão¹⁵.

Ocorre que tal previsão se consumou em operações um tanto quanto questionáveis por vários contribuintes, mediante aquisição de empresas deficitárias pagando-se ágio, para, em logo em seguida, promover a incorporação da investidora pela investida. As operações ocorriam quase simultaneamente.

E, nesse contexto, o aproveitamento do ágio, nas situações de transformação societária, sofreu alteração legislativa. Vale transcrever a Exposição de Motivos da MP nº 1.602, de 1997¹⁶, que, posteriormente, foi convertida na Lei nº 9.532, de 1997.

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

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

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

Não vacilou a doutrina abalizada de LUÍS EDUARDO SCHOUERI¹⁷ ao discorrer, com precisão sobre o assunto:

Anteriormente à edição da Lei nº 9.532/1997, não havia na legislação tributária nacional regulamentação relativa ao tratamento que deveria ser conferido ao ágio em hipóteses de incorporação envolvendo a pessoa jurídica que o pagou e a pessoa jurídica que motivou a despesa com ágio.

¹⁵ Ver Acórdão nº 1101-000.841, da 1ª Turma Ordinária da 1ª Câmara do CARF, da relatora Edeli Pereira Bessa., p. 15.

¹⁶ Exposição de Motivos publicada no Diário do Congresso Nacional nº 26, de 02/12/1997, pg. 18021 e segs, <http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?datSessao=01/12/1997&tipDiario=2>. Acesso em 15/02/2016.

¹⁷ SCHOUERI, Luís Eduardo. Ágio em reorganizações societárias (aspectos tributários). São Paulo : Dialética, 2012, p. 66 e segs.

O que ocorria, na prática, era a consideração de que a incorporação era, per se, evento suficiente para a realização do ágio, independentemente de sua fundamentação econômica.

(...)

Sendo assim, a partir de 1998, ano em que entrou em vigor a Lei nº 9.532/1997, adveio um cenário diferente em matéria de dedução fiscal do ágio. Desde então, restringiram-se as hipóteses em que o ágio seria passível de ser deduzido no caso de incorporação entre pessoas jurídicas, com a imposição de limites máximos de dedução em determinadas situações.

Ou seja, nem sempre o ágio contabilizado pela pessoa jurídica poderia ser deduzido de seu lucro real quando da ocorrência do evento de incorporação. Pelo contrário. Com a regulamentação ora em vigor, poucas são as hipóteses em que o ágio registrado poderá ser deduzido, a depender da fundamentação econômica que lhe seja conferida.

Merece transcrição o Relatório da Comissão Mista¹⁸ que trabalhou na edição da MP 1.602, de 1997:

O artigo 8º altera as regras para determinação do ganho ou perda de capital na liquidação de investimento em coligada ou controlada avaliado pelo valor do patrimônio líquido, quando agregado de ágio ou deságio. De acordo com as novas regras, os ágios existentes não mais serão computados como custo (amortizados pelo total), no ato de liquidação do investimento, como eram de acordo com as normas ora modificadas.

O ágio ou deságio referente à diferença entre o valor de mercado dos bens absorvidos e o respectivo valor contábil, na empresa incorporada (inclusive a fusionada ou cindida), será registrado na própria conta de registro dos respectivos bens, a empresa incorporador (inclusive a resultante da fusão ou a que absorva o patrimônio da cindida), produzindo as repercussões próprias na depreciação normal. O ágio ou deságio decorrente de expectativa de resultado futuro poderá ser amortizado durante os cinco anos-calendário subsequentes à incorporação, à razão de 1/60 (um sessenta avos) para cada mês do período de apuração. (...)

Percebe-se que, em razão de um completo desvirtuamento do instituto, o legislador foi chamado a intervir, para normatizar, nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, sobre situações específicas tratando de eventos de transformação societária envolvendo investidor e investida.

Inclusive, no decorrer dos debates tratando do assunto, chegou-se a cogitar que o aproveitamento do ágio não seria uma despesa, mas um benefício fiscal.

¹⁸ Relatório da Comissão Mista publicada no Diário do Congresso Nacional nº 27, de 03/12/1997, pg. 18024, <http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?datSessao=01/12/1997&tipDiario=2>. Acesso em 15/02/2016.

Em breves palavras, caso fosse benefício fiscal, o próprio legislador deveria ter tratado do assunto, como o fez na Exposição de Motivos de outros dispositivos da MP nº 1.602, de 1997 (convertida na Lei nº 9.532, de 1997).

Na realidade, a Exposição de Motivos deixa claro que a motivação para o dispositivo foi um **maior controle sobre os planejamentos tributários abusivos**, que descaracterizavam o ágio por meio de analogias completamente desprovidas de sustentação jurídica. E deixou claro que se trata de uma **despesa de amortização**.

E qual foram as novidades trazidas pelos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997?

Primeiro, há que se contextualizar a disciplina do método de equivalência patrimonial (MEP).

Isso porque o ágio aplica-se apenas em investimentos sociedades coligadas e controladas avaliado pelo MEP, conforme previsto no art. 384 do RIR/99. O método tem como principal característica permitir uma atualização dos valores dos investimentos em coligadas ou controladas com base na variação do patrimônio líquido das investidas.

As variações no patrimônio líquido da pessoa jurídica investida passam a ser refletidas na investidora pelo MEP. Contudo, os aumentos no valor do patrimônio líquido da sociedade investida não são computados na determinação do lucro real da investidora. Vale transcrever os dispositivos dos arts. 387, 388 e 389 do RIR/99 que discorrem sobre o procedimento de contabilização a ser adotado pela investidora.

Art. 387. Em cada balanço, o contribuinte deverá avaliar o investimento pelo valor de patrimônio líquido da coligada ou controlada, de acordo com o disposto no art. 248 da Lei nº 6.404, de 1976, e as seguintes normas (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 21, e Decreto-Lei nº 1.648, de 1978, art. 1º, inciso III):

(...)

Art. 388. O valor do investimento na data do balanço (art. 387, I), deverá ser ajustado ao valor de patrimônio líquido determinado de acordo com o disposto no artigo anterior, mediante lançamento da diferença a débito ou a crédito da conta de investimento (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 22).

(...)

Art. 389. A contrapartida do ajuste de que trata o art. 388, por aumento ou redução no valor de patrimônio líquido do investimento, não será computada na determinação do lucro real (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 23, e Decreto-Lei nº 1.648, de 1978, art. 1º, inciso IV).

(...)

Resta nítida a separação dos patrimônios entre investidora e investida, inclusive as repercussões sobre os resultados de cada um. A investida, pessoa jurídica independente, em razão de sua atividade econômica, apura rendimentos que, naturalmente, são por ela tributados. Por sua vez, na medida em que a investida aumenta seu patrimônio líquido em razão de resultados positivos, por meio do MEP há uma repercussão na contabilidade da investidora, para refletir o acréscimo patrimonial realizado. A conta de ativos em investimentos é debitada na investidora, e, por sua vez, a contrapartida, apesar de creditada como receita, é excluída na apuração do Lucro Real. Com certeza, não faria sentido tributar os lucros na investida, e em seguida tributar o aumento do patrimônio líquido na investidora, que ocorreu precisamente por conta dos lucros auferidos pela investida.

E esclarece o art. 385 do RIR/99 que se a pessoa jurídica adquirir um investimento avaliado pelo MEP por valor superior ou inferior ao contabilizado no patrimônio líquido, deverá desdobrar o custo da aquisição em (1) valor do patrimônio líquido na época da aquisição e (2) **ágio** ou **deságio**. Para a devida transparência na mais valia (ou menor valia) do investimento, o registro contábil deve ocorrer em contas diferentes:

Art. 385. O contribuinte que avaliar investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição em (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20):

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

II - ágio ou deságio na aquisição, que será a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor de que trata o inciso anterior.

§ 1º O valor de patrimônio líquido e o ágio ou deságio serão registrados em subcontas distintas do custo de aquisição do investimento (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20, § 1º).

§ 2º O lançamento do ágio ou deságio deverá indicar, dentre os seguintes, seu fundamento econômico (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20, § 2º):

I - valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade;

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

III - fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

§ 3º O lançamento com os fundamentos de que tratam os incisos I e II do parágrafo anterior deverá ser baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20, § 3º). (grifei)

Como se pode observar, a formação do ágio não ocorre espontaneamente. Pelo contrário, deve ser motivado, e indicado o seu fundamento econômico, que deve se amparar em pelo menos um dos três critérios estabelecidos no § 2º do art. 385 do RIR/99, (1) valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade, (2) valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros (3) fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

E, conforme já dito, por ser a motivação adotada pela quase totalidade das empresas, todos os holofotes dirigem-se ao fundamento econômico com base em expectativa de rentabilidade futura da empresa adquirida.

Trata-se precisamente de lucros esperados a serem auferidos pela controlada ou coligada, em um futuro determinado. Por isso o adquirente (futuro controlador) se propõe a desembolsar pelo investimento um valor superior ao daquele contabilizado no patrimônio líquido da vendedora. Por sua vez, tal expectativa deve ser lastreada em demonstração devidamente arquivada como comprovante de escrituração, conforme previsto no § 3º do art. 385 do RIR/99.

E, finalmente, passamos a apreciar os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, consolidados no art. 386 do RIR/99. Como já dito, em eventos de transformação societária, quando investidora absorve o patrimônio da investida (ou vice versa), adquirido com ágio ou deságio, em razão de cisão, fusão ou incorporação, resolveu o legislador disciplinar a situação:

Art. 386. A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no artigo anterior (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, e Lei nº 9.718, de 1998, art. 10):

I - deverá registrar o valor do ágio ou deságio cujo fundamento seja o de que trata o inciso I do § 2º do artigo anterior, em contrapartida à conta que registre o bem ou direito que lhe deu causa;

II - deverá registrar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata o inciso III do § 2º do artigo anterior, em contrapartida a conta de ativo permanente, não sujeita a amortização;

III - poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata o inciso II do § 2º do artigo anterior, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração;

IV - deverá amortizar o valor do deságio cujo fundamento seja o de que trata o inciso II do § 2º do artigo anterior, nos balanços correspondentes à apuração do lucro real, levantados durante os cinco anos-calendário

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

Fica evidente que os arts. 385 e 386 do RIR/99 guardam conexão indissociável, constituindo-se em norma tributária permissiva do aproveitamento do ágio nos casos de incorporação, fusão ou cisão envolvendo o investimento objeto da mais valia.

5. Amortização. Despesa.

Definido que o aproveitamento do ágio pode dar-se por meio de **despesa de amortização**, mostra-se pertinente apreciar do que trata tal dispêndio.

No RIR/99 (Decreto-Lei nº 3.000, de 26/03/1999), o conceito de amortização encontra-se no Subtítulo II (Lucro Real), Capítulo V (Lucro Operacional), Seção III (Custos, Despesas Operacionais e Encargos).

O artigo 299 do diploma em análise trata, no art. 299, na Subseção I, das Disposições Gerais sobre as despesas:

Art. 299. São operacionais as despesas não computadas nos custos, necessárias à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora (Lei nº 4.506, de 1964, art. 47).

§ 1º São necessárias as despesas pagas ou incorridas para a realização das transações ou operações exigidas pela atividade da empresa (Lei nº 4.506, de 1964, art. 47, § 1º).

§ 2º As despesas operacionais admitidas são as usuais ou normais no tipo de transações, operações ou atividades da empresa (Lei nº 4.506, de 1964, art. 47, § 2º).

§ 3º O disposto neste artigo aplica-se também às gratificações pagas aos empregados, seja qual for a designação que tiverem.

Para serem dedutíveis, devem as despesas serem **necessárias** à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora, e serem **usuais** ou **normais** no tipo de transações, operações ou atividades da empresa.

Por sua vez, logo após as Subseções II (Depreciação de Bens do Ativo Imobilizado) e III (Depreciação Acelerada Incentivada), encontra previsão legal a amortização, no art. 324, na Subseção IV do RIR/99¹⁹.

¹⁹ Art. 324. Poderá ser computada, como custo ou encargo, em cada período de apuração, a importância correspondente à recuperação do capital aplicado, ou dos recursos aplicados em despesas que contribuam para a formação do resultado de mais de um período de apuração (Lei nº 4.506, de 1964, art. 58, e Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 15, § 1º).

§ 1º Em qualquer hipótese, o montante acumulado das quotas de amortização não poderá ultrapassar o custo de aquisição do bem ou direito, ou o valor das despesas (Lei nº 4.506, de 1964, art. 58, § 2º).

§ 2º Somente serão admitidas as amortizações de custos ou despesas que observem as condições estabelecidas neste Decreto (Lei nº 4.506, de 1964, art. 58, § 5º).

Percebe-se que a amortização constitui-se em espécie de gênero despesa, e, naturalmente, encontra-se submetida ao regramento geral das despesas disposto no art. 299 do RIR/99.

6. Despesa Em Face de Fatos Construídos Artificialmente

No mundo real os fatos nascem e morrem, decorrentes de eventos naturais ou da vontade humana.

O direito elege, para si, fatos com relevância para regular o convívio social.

No que concerne ao direito tributário, são escolhidos fatos decorrentes da atividade econômica, financeira, operacional, que nascem espontaneamente, precisamente em razão de atividades normais, que são eleitos porque guardam repercussão com a renda ou o patrimônio. São condutas relevantes de pessoas físicas ou jurídicas, de ordem econômica ou social, ocorridas no mundo dos fatos, que são colhidas pelo legislador que lhes confere uma qualificação jurídica.

Por exemplo, o fato de auferir lucro, mediante operações espontâneas, das atividades operacionais da pessoa jurídica, amolda-se à hipótese de incidência prevista pela norma, razão pela qual nasce a obrigação do contribuinte recolher os tributos.

Da mesma maneira, a pessoa jurídica, no contexto de suas atividades operacionais, incorre em dispêndios para a realização de suas tarefas. Contrata-se um prestador de serviços, compra-se uma mercadoria, operações necessárias à consecução das atividades da empresa, que surgem naturalmente.

Ocorre que, em relação aos casos tratados relativos à amortização do ágio, proliferaram-se situações no qual se busca, especificamente, o enquadramento da norma permissiva de despesa.

Tratam-se de operações **especialmente** construídas, mediante inclusive utilização de empresas de papel, de curtíssima duração, sem funcionários ou quadro funcional incompatível, com capital social mínimo, além de outras características completamente atípicas no contexto empresarial, envolvendo aportes de substanciais recursos para, em questão de dias ou meses, serem objeto de operações de transformação societária.

Tais eventos podem receber qualificação jurídica e surtir efeitos nos ramos empresarial, cível, contábil, dentre outros.

Situação completamente diferente ocorre no ramo tributário. Não há norma de despesa que recepcione um situação criada artificialmente. **As despesas devem**

§ 3º Se a existência ou o exercício do direito, ou a utilização do bem, terminar antes da amortização integral de seu custo, o saldo não amortizado constituirá encargo no período de apuração em que se extinguir o direito ou terminar a utilização do bem (Lei nº 4.506, de 1964, art. 58, § 4º).

§ 4º Somente será permitida a amortização de bens e direitos intrinsecamente relacionados com a produção ou comercialização dos bens e serviços (Lei nº 9.249, de 1995, art. 13, inciso III).

decorrer de operações necessárias, normais, usuais da pessoa jurídica. Impossível estender atributos de normalidade, ou usualidade, para **despesas**, independente sua espécie, **derivadas de operações atípicas**, não consentâneas com uma regular operação econômica e financeira da pessoa jurídica.

Admitindo-se uma **construção artificial** do suporte fático, consumir-se-ia um tratamento desigual, desarrazoado e desproporcional, que afronta o princípio da capacidade contributiva e da isonomia, vez que seria conferida a uma determinada categoria de despesa uma premissa completamente diferente, uma liberalidade não aplicável à grande maioria dos contribuintes.

7. Hipótese de Incidência Prevista Para a Amortização

Realizada análise do ágio sob perspectiva do gênero despesa, cabe prosseguir com a apreciação da legislação específica que trata de sua amortização.

Vale recapitular os **dois eventos em que a investidora pode se aproveitar do ágio contabilizado: (1) a investidora deixa de ser a detentora do investimento, ao alienar a participação da pessoa jurídica adquirida (investida) com ágio; (2) a investidora e a investida transformam-se em uma só universalidade (em eventos de cisão, transformação e fusão).** E repetir que estamos, agora, tratando da segunda situação.

Cenário que se encontra disposto nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, e nos arts. 385 e 386 do RIR/99, do qual transcrevo apenas os fragmentos de maior interesse para o debate:

Art. 385. O contribuinte que avaliar investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição em (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20):

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

II - ágio ou deságio na aquisição, que será a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor de que trata o inciso anterior.

§ 1º O valor de patrimônio líquido e o ágio ou deságio serão registrados em subcontas distintas do custo de aquisição do investimento (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20, § 1º).

§ 2º O lançamento do ágio ou deságio deverá indicar, dentre os seguintes, seu fundamento econômico (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20, § 2º):

I - valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade;

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

III - fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

§ 3º O lançamento com os fundamentos de que tratam os incisos I e II do parágrafo anterior deverá ser baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20, § 3º).

Art. 386. A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no artigo anterior (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, e Lei nº 9.718, de 1998, art. 10):

(...)

III - poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata o inciso II do § 2º do artigo anterior, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração; (...) (grifei)

Percebe-se claramente, no caso, que o suporte fático delineado pela norma predica, de fato, que investidora e investida tenham que integrar uma mesma universalidade: 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.

A conclusão é **ratificada** analisando-se a norma em debate sob a perspectiva da hipótese de incidência tributária delineada pela melhor doutrina de GERALDO ATALIBA²⁰.

Esclarece o doutrinador que a hipótese de incidência *se apresenta sob variados aspectos, cuja reunião lhe dá entidade*.

Ao se apreciar o aspecto **pessoal**, merecem relevo as palavras da doutrina, ao determinar que se trata da *qualidade que determina os sujeitos da obrigação tributária*.

E a norma em análise se dirige à pessoa jurídica **investidora originária, aquela que efetivamente acreditou na mais valia do investimento, coordenou e comandou os estudos de rentabilidade futura e desembolsou os recursos para a aquisição**, e à pessoa jurídica **investida**.

Ocorre que, em se tratando do ágio, as reorganizações societárias empreendidas apresentaram novas pessoas ao processo.

Como exemplo, podemos citar situação no qual a pessoa jurídica A adquire com ágio participação societária da pessoa jurídica B. Em seguida, utiliza-se de uma outra pessoa jurídica, C, e integraliza o capital social dessa pessoa jurídica C com a participação societária que adquiriu da pessoa jurídica B. Resta consolidada situação no qual a pessoa jurídica A controla a pessoa jurídica C, e a pessoa

²⁰ ATALIBA, Geraldo. Hipótese de Incidência Tributária, 6ª ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2010, p. 51 e segs.

jurídica C controla a pessoa jurídica B. Em seguida, sucede-se evento de transformação societária, no qual a pessoa jurídica B absorve patrimônio da pessoa jurídica C, ou vice versa.

Ocorre que os sujeitos eleitos pela norma são precisamente a **pessoa jurídica A (investidora)** e a **pessoa jurídica B (investida)** cuja participação societária foi adquirida com ágio. Para fins fiscais, não há nenhuma previsão para que o ágio contabilizado na pessoa jurídica A (investidora), em razão de reorganizações societárias empreendidas por grupo empresarial, possa ser considerado "transferido" para a pessoa jurídica C, e a pessoa jurídica C, ao absorver ou ser absorvida pela pessoa jurídica B, possa aproveitar o ágio cuja **origem** deu-se pela aquisição da pessoa jurídica A da pessoa jurídica B.

Da mesma maneira, encontram-se situações no qual a pessoa jurídica A realiza aportes financeiros na pessoa jurídica C e, de plano, a pessoa jurídica C adquire participação societária da pessoa jurídica B com ágio. Em seguida, a pessoa jurídica C absorve patrimônio da pessoa jurídica B, ou vice versa, a passa a fazer a amortização do ágio.

Mais uma vez, não é o que prevê o aspecto pessoal da hipótese de incidência da norma em questão. A pessoa jurídica que adquiriu o investimento, que acreditou na mais valia e que desembolsou os recursos para a aquisição foi, de fato, a **pessoa jurídica A (investidora)**. No outro pólo da relação, a pessoa jurídica adquirida com ágio foi a pessoa jurídica B. Ou seja, o aspecto pessoal da hipótese de incidência, no caso, autoriza o aproveitamento do ágio a partir do momento em que a pessoa jurídica A (investidora) e a pessoa jurídica B (investida) passem a integrar a mesma universalidade.

São as situações mais elementares. Contudo, há reorganizações envolvendo inúmeras empresas (pessoa jurídica D, E, F, G, H e assim por diante).

Vale registrar que goza a pessoa jurídica de liberdade negocial, podendo dispor de suas operações buscando otimizar seu funcionamento, com desdobramentos econômicos, sociais e tributários.

Contudo, não necessariamente todos os fatos são recepcionados pela norma tributária.

A partir do momento em que, em razão das reorganizações societárias, passam a ser utilizadas novas pessoas jurídicas (C, D, E, F, G, e assim sucessivamente), pessoas jurídicas distintas da investidora originária (pessoa jurídica A) e da investida (pessoa jurídica B), e **o evento de absorção não envolve mais a pessoa jurídica A e a pessoa jurídica B**, mas sim pessoa jurídica distinta (como, por exemplo, pessoa jurídica F e pessoa jurídica B), a subsunção ao art. 386 do RIR/99 torna-se impossível, vez que o fato imponible (suporte fático, situado no plano concreto) deixa de ser amoldar à hipótese de incidência da norma (plano abstrato), por incompatibilidade do aspecto **pessoal**.

Em relação ao aspecto **material**, há que se consumir a **confusão de patrimônio** entre investidora e investida, a que faz alusão o *caput* do art. 386 do RIR (*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...*). Com a confusão patrimonial, aperfeiçoa-se o **encontro de contas** entre o real investidor e investida, e a amortização do ágio passa a ser autorizada, com repercussão direta na **base de cálculo** do IRPJ e da CSLL.

Na realidade, o requisito expresso de que investidor e investida passam a compor o mesmo patrimônio, mediante evento de transformação societária, no qual a investidora absorve a investida, ou vice versa, encontra fundamento no fato de que, com a confusão de patrimônios, o lucro auferido pela investida passa a integrar a mesma universalidade da investidora. SCHOUERI²¹, com muita clareza, discorre que, antes da absorção, investidor e investida são entidades autônomas. O lucro auferido pela investida (que foi a motivação para que a investidora adquirisse a investida com o sobrepreço), é tributado pela própria investida. E, por meio do MEP, eventual acréscimo no patrimônio líquido da investida seria refletido na investidora, sem, contudo, haver tributação na investidora. A lógica do sistema mostra-se clara, na medida em que não caberia uma dupla tributação dos lucros auferidos pela investida.

Por sua vez, a partir do momento em que se consuma a confusão patrimonial, os lucros auferidos pela então investida passam a integrar a mesma universalidade da investidora. Reside, precisamente nesse ponto, o permissivo para que o ágio, pago pela investidora exatamente em razão dos lucros a serem auferidos pela investida, possa ser aproveitado, vez que **passam a se comunicar, diretamente, a despesa de amortização do ágio e as receitas auferidas pela investida**.

Ou seja, compartilhando o mesmo patrimônio investidora e investida, consolida-se cenário no qual a mesma pessoa jurídica que adquiriu o investimento com mais valia (ágio) baseado na expectativa de rentabilidade futura, passa a ser tributada pelos lucros percebidos nesse investimento.

Verifica-se, mais uma vez, que a norma em debate, ao predicar, expressamente, que para se consumir o aproveitamento da despesa de amortização do ágio, os sujeitos da relação jurídica seriam **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**, ou seja, investidor e investida, não o fez por acaso. Trata-se precisamente do encontro de contas da investidora originária, que incorreu na despesa e adquiriu o investimento, e a investida, potencial geradora dos lucros que motivou o esforço incorrido.

Prosseguindo a análise da hipótese de incidência da norma em questão, no que concerne ao aspecto **temporal**, cabe verificar o momento em que o contribuinte aproveita-se da amortização do ágio, mediante ajustes na escrituração contábil e

²¹ SCHOUERI, 2012, p. 62.

no LALUR, **evento que provoca impacto direto na apuração da base de cálculo tributável.**

Registre-se que a consumação do aspecto temporal não se confunde com o termo inicial do prazo decadencial.

Isso porque, partindo-se da construção da norma conforme operação no qual "Se A é, B deve-ser", onde a primeira parte é o antecedente, e a segunda é o conseqüente, a consumação da hipótese de incidência localiza-se no antecedente. Ou seja, "Se A é", indica que a hipótese de incidência, no caso concreto, mediante aperfeiçoamento dos aspectos pessoal, material e temporal, concretizou-se em sua plenitude. Assim, passa-se para a etapa seguinte, o conseqüente ("B deve-ser"), no qual se aplica o regime de tributação a que encontra submetido o contribuinte (lucro real trimestral ou anual), efetua-se o **lançamento fiscal** com base na repercussão que as glosas despesas de ágio indevidamente amortizadas tiveram na apuração da base de cálculo, e, por conseqüência, determina-se o **termo inicial para contagem do prazo decadencial.**

8. Consolidação

Considerando-se tudo o que já foi escrito, entendo que a cognição para a amortização do ágio passa por verificar, **primeiro**, se os fatos se amoldam à hipótese de incidência, **segundo**, se requisitos de ordem formal estabelecidos pela norma encontram-se atendidos e, **terceiro**, se as condições do negócio atenderam os padrões normais de mercado.

A **primeira** verificação parece óbvia, mas, diante de todo o exposto até o momento, observa-se que a discussão mais relevante insere-se precisamente neste momento, situado **antes da subsunção do fato à norma**. Fala-se insistentemente se haveria impedimento para se admitir a construção de fatos que buscam se amoldar à hipótese de incidência de norma de despesa. O ponto é que, independente da genialidade da construção empreendida, da reorganização societária arquitetada e consumada, a investidora originária prevista pela norma não perderá a condição de investidora originária. Quem **viabilizou a aquisição**? De **onde vieram os recursos** de fato? Quem efetuou os estudos de viabilidade econômica da investida? Quem **tomou a decisão** de adquirir um investimento com sobrepreço? Respondo: a **investidora originária**.

Ainda que a pessoa jurídica A, investidora originária, para viabilizar a aquisição da pessoa jurídica B, investida, tenha (1) "transferido" o ágio para a pessoa jurídica C, ou (2) efetuado aportes financeiros (dinheiro, mútuo) para a pessoa jurídica C, **a pessoa jurídica A não perderá a condição de investidora originária.**

Pode-se dizer que, de acordo com as regras contábeis, em decorrência de reorganizações societárias empreendidas, o ágio legitimamente passou a integrar o patrimônio da pessoa jurídica C, que por sua vez foi incorporada pela pessoa jurídica B (investida).

Ocorre que a absorção patrimonial envolvendo a pessoa jurídica C e a pessoa jurídica B não tem qualificação jurídica para fins tributários.

Isso porque se trata de operação que não se enquadra na hipótese de incidência da norma, que eleger, quanto ao aspecto pessoal, a pessoa jurídica A (investidora originária) e a pessoa jurídica B (investida), e quanto ao aspecto material, o encontro de contas entre a despesa incorrida pela pessoa jurídica A (investidora originária que efetivamente incorreu no esforço para adquirir o investimento com sobrepreço) e as receitas auferidas pela pessoa jurídica B (investida).

Mostra-se insustentável, portanto, ignorar todo um contexto histórico e sistêmico da norma permissiva de aproveitamento do ágio, despesa operacional, para que se autorize "pinçar" os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, promover uma interpretação isolada, blindada em uma bolha contábil, e se construir uma tese no qual se permita que fatos construídos artificialmente possam alterar a hipótese de incidência de norma tributária.

Caso superada a primeira verificação, cabe prosseguir com a **segunda** verificação, relativa a aspectos de ordem formal, qual seja, se a demonstração que o contribuinte arquivar como comprovante de escrituração prevista no art. 20, § 3º do Decreto-Lei nº 1.598, de 27/12/1977 (1) existe e (2) se mostra apta a justificar o fundamento econômico do ágio. Há que se verificar também (3) se ocorreu, efetivamente, o pagamento pelo investimento.

Enfim, refere-se a **terceira** verificação a constatar se toda a operação ocorreu dentro de padrões normais de mercado, com atuação de agentes independentes, distante de situações que possam indicar ocorrência de negociações eivadas de ilicitude, que poderiam guardar repercussão, inclusive, na esfera penal, como nos crimes contra a ordem tributária previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 1990. (*destaques do original*)

Nestes autos, o Colegiado *a quo* teve em conta a seguinte sequência de eventos societários reproduzida no voto condutor do recorrido:

<i>Data</i>	<i>Evento</i>
02/12/2013	E-mail de "proposta de assessoria financeira" enviado pelo BTGPactnal - manifestação dos integrantes do quadro societário da Cadence Indústria e Comércio Ltda na alienação das quotas representativas do capital social da sociedade. (constante das fls. 816/825)
21/01/2014	Constituição da empresa A.Y.M.S.P.E. com o capital social de R\$ 500,00 (quinhentos reais).
24/02/2014	Celebrada uma "Carta de Intenções" com a Cadence Indústria e Comércio Ltda para a potencial aquisição de quotas ou ações representativas de até 100% do capital social da Cadence. (Ata de reunião do Conselho de Administração constante das fls. 447 a 449, em DELIBERAÇÕES, item i)
31/03/2014	Foi realizada a 2ª Assembleia Geral Extraordinária (AGE) da AYMSPE, já figurando como acionistas HOLMES PRODUCTS (FAR EAST) LIMITED e RAIDER MOTOR CORPORATION em substituição aos "fundadores". SUELI DE FÁTIMA FERRETTI e CLEBER FARIA FERNANDES também foram excluídos.
30/04/2014	O Conselho de Administração da AYMSPE deliberou sobre a "aquisição de quotas ou ações representativas de até 100% (cem por cento) do capital social da Cadence Indústria e Comércio Ltda". (Ata de reunião do Conselho de Administração constante das fls. 447 a 449)
09/05/2014	Contrato de Compra e Venda de Ações, conforme fls. 560 a 609, tendo por objeto a negociação de 2.068.360 ações da CADENCE ELETRODOMÉSTICOS S.A., representativas de 80% do seu capital social.
28/05/2014	Antes até mesmo de levar a registro a Ata de reunião do Conselho de Administração realizada em 30/04/2014, realizou-se nova Reunião do Conselho de Administração, de acordo com a Ata de reunião constante das folhas 450/451, com a finalidade de, entre outros, ratificar a aquisição de até 100% (cem por cento) das ações representativas do capital social da CADENCE INDÚSTRIA E COMÉRCIO S.A., estipulando-se os valores máximos a serem pagos aos vendedores.

29/05/2014	Foi deliberado um aumento do capital social da empresa AYMSPE, de R\$ 500,00 para R\$ 250.954.123,00, mediante emissão de 250.953.623 novas ações ordinárias nominativas ao preço de R\$ 1,00/ação, conforme Ata de Assembleia Geral Extraordinária constante das fls. 452/453, integralização essa realizada pelo acionista HOLMES PRODUCTS (FAR EAST) LIMITED, das Bahamas, mediante liquidação do Contrato de Câmbio nº 000122165343 (fls. 488 a 493).
04/06/2014	6 (seis) dias após o aumento de capital da empresa AYMSPE, essa adquiriu 80% das ações de emissão da fiscalizada (empresa CADENCE).
11/12/2014	O saldo remanescente na conta corrente da AYMSPE foi restituído ao acionista bahamense HOLMES PRODUCTS (FAR EAST) LIMITED em razão da redução de R\$ 9.930.000,00 do capital da companhia, considerado "excessivo", conforme deliberado na AGE realizada 03/10/2014. Restando pouco mais de R\$ 72 mil no caixa da AYMSPE.
29/12/2014	Foi realizada Reunião do Conselho de Administração no qual foi deliberado, entre outros, a <u>autorização para a incorporação da</u> <u>companhia AYMSPE pela CADENCE ELETRODOMÉSTICOS S.A.,</u> <u>conforme ATA constante das fls. 470-471.</u>
30/12/2014	Foi realizada a AGE da AYMSPE APROVANDO, por unanimidade, a incorporação reversa da AYMSPE (controladora) pela fiscalizada (controlada).

A autoridade lançadora relata que AYMSPE figurou como adquirente no "Contrato de Compra e Venda de Ações" celebrado em 03/05/2014 mas, para fazer frente ao negócio, dias antes do fechamento da operação recebeu aumento de capital integralizado por Holmes Products (Far East) Limited, sediada nas Bahamas e integrante do Grupo norte-americano Jarden Consumer Solutions (JCS). Neste sentido, inclusive, é transcrito do site institucional da Contribuinte que:

Fundada em 1999 sob o nome Cadence Indústria e Comércio, iniciou sua história apostando em um produto inovador para o mercado nacional, a panificadora doméstica. Em pouco tempo, conquistou a confiança dos clientes e disseminou seu amplo portfólio de produtos por todo o país.

Em maio de 2014, passou a integrar o grupo Jarden Consumer Solutions (JCS), que tem sede em Boca Raton, na Flórida, e emprega mais de 4.000 pessoas em 16 países. JCS é parte integrante da Jarden Corporation, líder global de produtos de consumo de classe internacional, com receita anual de US\$7,4 bilhões e mais de 120 marcas vendidas em mais de 100 países ao redor do mundo.

Consta a notícia, consignada em ata de reunião do Conselho de Administração da AYMSPE, de "Carta de Intenções" acerca do negócio, celebrada em 24/02/2014, e as evidências de que AYMSPE, em sua constituição, tinha endereço e controle por representante de escritório de advocacia especializado em *vender o que é conhecido no mercado como "empresa de gaveta"*. Depois de AYMSPE passar a ter como acionistas Holmes Products (Far East) Limited e Raider Motor Corporation – figurantes em ata de reunião a partir de 30/04/2014 -, é deliberada a aquisição do investimento, ratificada em 28/05/2014, seguindo-se o aumento de seu capital em 29/05/2014 para efetivação do pagamento às pessoas físicas alienantes em 04/06/2014.

Para concluir que AYMSPE *não tinha lastro econômico para comprar 80% das ações representativas do capital da fiscalizada*, a autoridade lançadora também observa que:

A AYMSPE foi extinta em 30/12/2014, haja vista ter sido incorporada por sua controlada. Ao longo de seus pouco mais de onze meses de existência, os únicos ativos da AYMSPE consistiram na participação societária da fiscalizada e uma aplicação financeira no banco HSBC (realizada com o saldo que restou após os pagamentos feitos em 04/06/2014, o qual, como visto, acabou sendo restituído em 03/10/2014 ao acionista HOLMES PRODUCTS).

As únicas receitas da AYMSPE foram os rendimentos da aplicação financeira recém citada e equivalência patrimonial oriunda da fiscalizada. As despesas consistiram tão somente em: (i) cerca de R\$ 960 mil em IOF incidente sobre as operações de câmbio (lembrando que tanto o aumento quanto a redução de capital se perfectibilizaram pela liquidação de contratos de câmbio); (ii) despesas bancárias de pouco mais de R\$ 5 mil; e (iii) R\$ 891 mil em serviços advocatícios relacionados com a aquisição da participação societária.

[...]

A empresa foi constituída pouco tempo antes da aquisição e não possuía qualquer patrimônio. Consumada a integralização do capital pela sócia estrangeira, o valor foi imediato e quase integralmente utilizado para pagamento do preço de compra avençado para a aquisição das ações. Sendo assim, salta aos olhos a utilização da AYMSPE como mera "empresa veículo", concebida especificamente para receber valores do real investidora estrangeira (o grupo norte-americano JARDEN CONSUMER SOLUTIONS), aplicá-los na aquisição da fiscalizada e ser em seguida por esta incorporada.

Verifica-se que a AYMSPE teve duração efêmera (menos de um ano) e deixou como único legado a possibilidade de utilização indevida de um benefício fiscal, como é característico das "empresas veículo".

Evidente, está, que AYMSPE apenas foi interposta na operação para internalizar o ágio pago pelo investidor estrangeiro.

Diante de todo o escrito pelo ex-Conselheiro André Mendes de Moura no voto antes transcrito, *a operação em análise não passa pela primeira verificação (vide item 8 do voto).*

Isso porque o evento de incorporação não ocorreu envolvendo a pessoa jurídica investidora e a pessoa jurídica investida.

O que se observa é que o evento de incorporação não contou com a participação da investidora, mas sim de AYMSPE, denominada como "empresa-veículo", bem como da investida, ou seja, não estava presente a investidora estrangeira.

E, na mesma medida, não se consumou a confusão patrimonial entre o investidor e o investimento.

A utilização da empresa AYMSPE (denominada "empresa-veículo") tornou impossível a concretização da hipótese de incidência da norma, pois afastou o investidor estrangeiro do evento de incorporação.

As circunstâncias aqui presentes em muito se assemelham às analisadas no Acórdão nº 9101-006.250, no qual esta Colegiado, por maioria de votos²², negou provimento a recurso especial do sujeito passivo que pretendia a dedutibilidade das amortizações de ágio escrituradas pela investida, depois de esta incorporar a empresa-veículo constituída para liquidação financeira de aquisição cujos contornos já estavam previamente definidos pelas partes:

Transpondo estas premissas para o caso concreto, à semelhança do que se fez no voto acima transcrito, tem-se que a glosa em debate diz respeito a amortizações de ágio pago por GLA Brasil e DIRECTV Group na aquisição das quotas da atuada, com a interposição de GLBBT. Os acordos realizados a partir de 01/06/2010 foram firmados entre as antigas sócias da atuada (GCP e Distel) e a sócia adquirente (GLA Brasil), com a intervenção de sua controladora DIRECTV Group, sendo que somente quando encerradas as tratativas em 16/12/2010, com a definição do preço a ser pago pelas quotas, GLBBT é interposta no Contrato de Compra e Venda de Quotas, como sociedade designada por DIRECTV Group, controlador de GLA Brasil. A autoridade lançadora assim sintetiza estas ocorrências:

Das informações acima, podemos extrair que (i) o **Acordo de Troca de 2004**, de 08/10/2004, disciplinava os requisitos para uma operação de compra e venda (ii) que o acerto do preço foi efetuado entre a **DirectTV Group** e a **GCP** (iii) que a **GLBBT** foi a empresa escolhida pela **DirectTV Group** para efetuar o pagamento de US\$ 604.767.294,00 (seiscentos e quatro milhões, setecentos e sessenta e sete mil, duzentos e noventa e quatro dólares norte-americanos) (iv) que a nota promissória entregue pela **GLBBT** seria garantida pela **DIRECTV**; (v) a conclusão da transação ocorreu em 16/12/2010, ocasião em que a **GLBBT** passou a integrar o quadro societário da **Sky Brasil** (vi) que a **Sky Brasil** pagaria na data do fechamento da transação R\$ 360.000.000,00 (trezentos e sessenta milhões de reais) em dividendos, proporcionais à participação resultante após a operação (vii) as vendedoras auxiliariam na concretização da incorporação da **GLBBT** pela fiscalizada.

Mister esclarecer que, os recursos advindos do exterior, no valor de R\$ 696.315.000,00 (seiscentos e noventa e seis milhões e trezentos e quinze mil reais), foram integralizados inicialmente no capital social²² da **GLA Brasil** pela sócia **DIRECTV LATIN AMERICA LLC (EUA)**, integrante dos **Controladores GLA**. Destes recursos, internalizados em 14/12/2010, R\$ 692.364.117,00 (seiscentos e noventa e dois milhões, trezentos e sessenta e quatro mil e cento e dezessete reais) foram integralizados pela **GLA Brasil** no aumento do capital social²³ da **GLBBT**.

Também na ocasião, a **GLA Brasil** integralizou outro aumento de capital na **GLBBT**, no valor dos dividendos de R\$ 266.764.461,00 (duzentos e sessenta e seis

²² Participaram da sessão de 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, Gustavo Guimarães da Fonseca e Carlos Henrique de Oliveira (Presidente), e divergiram no mérito os conselheiros Luis Henrique Marotti Toselli, Alexandre Evaristo Pinto e Gustavo Guimarães Fonseca, votando pelas conclusões com fundamentos distintos os conselheiros Livia De Carli Germano e Fernando Brasil de Oliveira Pinto.

milhões, setecentos e sessenta e quatro mil, quatrocentos e sessenta e um reais) recebidos da **Sky Brasil**²⁴.

Estes recursos foram utilizados pela **GLBBT** nos pagamentos efetuados a **GCP** e **Distel**.

Constata-se, do exposto, que GLA Brasil era a sócia da atuada que tinha o direito de preferência na aquisição as quotas que GCP e Distel pretendia alienar. Em consequência, todas as tratativas para esta aquisição são realizadas entre as sócias da atuada, com interferência apenas da controladora da adquirente (DIRECTV Group), sendo que GLBBT somente ingressa na operação para promover a liquidação financeira, com os meios proporcionados, para tanto, por GLA Brasil e DIRECTV Group. Ao assim proceder, registrando o ágio pago por estas sociedades diretamente em seu patrimônio, GLBBT prestou-se como veículo do ágio para a adquirida, ao ser por ela incorporada, assim provocando a ocorrência de situação que, na concepção das sociedades do grupo econômico, se enquadraria na hipótese permissiva de amortização do ágio.

Diante de todo o escrito pelo Conselheiro André Mendes de Moura no voto acima transcrito, *a operação em análise não passa pela primeira verificação (vide item 8 do voto).*

Isso porque o evento de incorporação não ocorreu envolvendo a pessoa jurídica investidora e a pessoa jurídica investida.

O que se observa é que o evento de incorporação não contou com a participação da investidora, mas sim da empresa GLBBT, denominada como "empresa-veículo" e investida, posteriormente incorporada pela Contribuinte, ou seja, não estava presente a investidora (não participou do evento de incorporação a empresa GLA Brasil ou DIRECTV Group).

E, na mesma medida, não se consumou a confusão patrimonial entre o investidor e o investimento.

A utilização da empresa GLBBT (denominada "empresa-veículo") tornou impossível a concretização da hipótese de incidência da norma, pois afastou a investidora (GLA Brasil ou DirectTV Group) do evento de incorporação.

O acórdão recorrido constatou com precisão:

[...]

Destaque-se que GLBBT não foi constituída como uma *holding* para aquisição de participação societária e não exerceu atividades ao longo do processo de negociação das quotas, inclusive porque o direito de preferência era de titularidade da sócia adquirente, GLA Brasil e de sua controladora DIRECTV Group. Somente quando definidos todos os parâmetros para a aquisição, especialmente o preço, GLBBT é interposta em 15/12/2010 e extinta poucas horas depois, mediante incorporação pela atuada.

Para além das evidências do fluxo econômico de recursos destinados à aquisição, a acusação fiscal teve em conta todos os parâmetros fáticos e jurídicos das operações realizadas, em especial o exercício do direito de preferência, e dessa forma aplicou, no âmbito tributário, os efeitos dos atos jurídicos efetivamente realizados, a partir dos quais resta evidente a ausência de confusão patrimonial entre investidora e investida. Por óbvio, não basta avaliar a entrega de recursos financeiros para identificação de quem experimentou o sacrifício patrimonial na aquisição do investimento. É essencial a análise dos demais aspectos da motivação e negociação para tal aquisição e são estas evidências,

antes detalhadas, que autorizam concluir, sem qualquer dúvida, que GLBBT não é a real adquirente das ações alienadas pelas ex-sócias GCP e Distel à sócia remanescente, GLA Brasil, e sua controladora, DIRECTV Group.

Sob esta ótica, as referências à existência de abuso de direito, na forma do art. 187 do Código Civil, mostram-se totalmente desnecessárias. Se, como bem observa a PGFN em contrarrazões, a pretensão da Contribuinte é invalidar a interpretação dos fatos expressa pela autoridade fiscal por falta de um dispositivo legal que ampare este procedimento, não se pode olvidar que o art. 149, inciso IV e VII do CTN sempre autorizou o lançamento de ofício *quando se comprove falsidade, erro ou omissão quanto a qualquer elemento definido na legislação tributária como sendo de declaração obrigatória*, bem como *quando se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação*, a evidenciar, como bem expõe a PGFN, *a primazia da substância sobre a forma*, autorizando a autoridade fiscal a não *ficar circunscrita à forma como as partes documentaram determinado acontecimento se outros elementos a convencem que o documentado não reflete a realidade*.

[...]

No que se refere à validade das operações e presença de propósito negocial na medida em que outras operações societárias, se realizadas, permitiriam a amortização do ágio pago, não se pode acolher as alegações da Contribuinte. A legislação tributária é clara ao exigir a confusão patrimonial entre investidora e investida. Assim, se não é interesse do grupo empresarial promover esta integração, a impossibilidade de amortização do ágio é inafastável, e representa mera decorrência da escolha feita de não integrar adquirente e adquirida. Irrelevante, assim, se a amortização do ágio seria possível caso GLA Brasil incorporasse ou fosse incorporada pela autuada. Fato é que esta incorporação não ocorreu, e o requisito legal para dedução fiscal do ágio não foi cumprido. *(destaques do original)*

Consoante adicionado naquele caso, o investimento com ágio é uma realidade presente no patrimônio que sofreu a insubsistência ativa para aquisição da investida, ainda que eventualmente replicada no patrimônio de pessoas jurídicas interpostas entre a real adquirente e a adquirida. Assim, esta ação acaba por viabilizar a dedução do custo de aquisição, mediante amortização do ágio, relativamente a um ativo que permanece integrado ao patrimônio da real adquirente.

Admitir que esta replicação do custo do investimento permita afirmar que a aquisição poderia ser feita por qualquer empresa ligada à adquirente original, significa que o grupo empresarial pode decidir onde realizar o custo incorrido na aquisição do investimento. Contrárias a este entendimento são as razões assim expostas por esta Conselheira no voto condutor do Acórdão nº 1101-000.961:

Contudo, é fundamental que a incorporação se verifique entre investida e investidora, com conseqüente confusão patrimonial e extinção do investimento, para que a amortização do ágio gere efeitos na apuração do lucro tributável. Aqui, porém, ao término das operações, nada mudou, pois o Santander Hispano permaneceu com a mesma quantidade de ações e na mesma condição de controlador do Banespa.

Esta distorção, aliás, é reconhecida pela própria Comissão de Valores Mobiliários (CVM) ao analisar a incorporação promovida por meio de uma sociedade veículo, assim expondo na Nota Explicativa à Instrução CVM nº 349/2001, que alterou a redação da Instrução CVM nº 319/99:

A Instrução CVM nº 319/99, ao prever que a contrapartida do ágio pudesse ser registrada integralmente em conta de reserva especial (art. 6º, § 1º), acabou possibilitando, nos casos de ágio com fundamento econômico baseado em intangíveis ou em perspectiva de rentabilidade futura, o reconhecimento de um acréscimo patrimonial sem a efetiva substância econômica. A criação de uma sociedade com a única finalidade de servir de veículo para transferir, da controladora original para a controlada, o ágio pago na sua aquisição, acabou por distorcer a figura da incorporação em sua dimensão econômica. Esta distorção ocorre em virtude de que, quando concluído o processo de incorporação da empresa veículo, o investimento e, conseqüentemente, o ágio permanecem inalterados na controladora original.

Significa dizer que embora transferido o ágio para empresa veículo, e na seqüência para a incorporadora desta, os efeitos econômicos do ágio originalmente contabilizado na controladora subsistem. Assim, a definição acerca do atendimento à finalidade dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97 passa, primeiramente, pelo exame da validade da transferência do ágio originalmente contabilizado pela investidora para a Santander Holding, mediante subscrição de seu capital com o investimento por ela detido no Banespa.

Não se exige, aqui, uma lei autorizadora de transferência de ágio por meio de subscrição de aumento de capital. Se não há vedação legal e os atos societários são realizados com observância dos requisitos formais, e têm por objeto ágio efetivo e pago, seria necessária disposição legal específica para se negar validade aos atos societários no âmbito tributário. Contudo, é necessário verificar se a incorporação entre a investida e esta empresa para a qual foi transferido o ágio atende aos requisitos legais para que a amortização deste afete o lucro tributável.

Recorde-se o que diz a Lei nº 9.532/97:

Art. 7º A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977: (Vide Medida Provisória nº 135, de 30.10.2003)

I - deverá registrar o valor do ágio ou deságio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "a" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, em contrapartida à conta que registre o bem ou direito que lhe deu causa;

II - deverá registrar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "c" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, em contrapartida a conta de ativo permanente, não sujeita a amortização;

III - poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do §2º do art. 20 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, nos

balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração; (Redação dada pela Lei nº 9.718, de 1998)

IV - deverá amortizar o valor do deságio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados durante os cinco anos-calendário subseqüentes à incorporação, fusão ou cisão, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no mínimo, para cada mês do período de apuração.

[...]

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

a) o investimento não for, obrigatoriamente, avaliado pelo valor de patrimônio líquido;

b) a empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a propriedade da participação societária. (negrejou-se)

Claro está que as empresas envolvidas na incorporação devem ser, necessariamente, a adquirente da participação societária com ágio e a investida adquirida. Em que pese a lei não vede a transferência consoante antes demonstrado, este procedimento não extingue, na real adquirente, a parcela do investimento correspondente ao ágio, de modo que ao final dos procedimentos realizados, com a incorporação da empresa veículo pela investida, a propriedade da participação societária adquirida com ágio subsiste no patrimônio da investidora, diversamente do que cogita a lei.

Em tais condições, a amortização do ágio que passou a existir no patrimônio da investida (Banespa) somente poderia surtir efeitos na apuração do seu lucro real caso se verificasse a sua extinção, ou da investidora (Santander Hispano), mediante incorporação, fusão ou cisão entre elas promovida, por meio da qual o ágio subsistisse evidenciado apenas no patrimônio resultante desta operação, na forma do art. 7º da Lei nº 9.532/97.

Na medida em que tal não ocorreu, a dedutibilidade do ágio submete-se à regra geral exposta no Decreto-lei nº 1.598/77:

Art. 23. [...]

Parágrafo único - Não serão computadas na determinação do lucro real as contrapartidas de ajuste do valor do investimento ou da amortização do ágio ou deságio na aquisição, nem os ganhos ou perdas de capital derivados de investimentos em sociedades estrangeiras coligadas ou controladas que não funcionem no País. (Incluído pelo Decreto-lei nº 1.648, de 1978).

[...]

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

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

II - ágio ou deságio na aquisição do investimento, ainda que tenha sido amortizado na escrituração comercial do contribuinte, excluídos os computados, nos exercícios financeiros de 1979 e 1980, na determinação do lucro real. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 1.730, 1979)

IV - provisão para perdas (art. 32) que tiver sido computada na determinação do lucro real.

[...]

Pertinente citar, novamente, abordagem contida na obra *Ágio em Reorganizações Societárias (Aspectos Tributários)*, antes referida²³. Nela, o autor Luís Eduardo Schoueri preliminarmente expõe o entendimento de que o ágio, para o investidor, é custo que deve ser considerado em caso de alienação do investimento. Os resultados auferidos com este investimento são reconhecidos, no patrimônio do investidor, como resultados da equivalência patrimonial, não sujeitos a tributação nesta ótica. Seguindo a mesma lógica, a amortização contábil do ágio por rentabilidade futura, por parte do investidor, também não deve afetar o lucro tributável.

Diante deste contexto, o autor reputa *incabível afirmar que o ágio, ainda que fundamentado na rentabilidade futura, pode ser considerado realizado antes da incorporação de uma das pessoas jurídicas envolvidas (exceto se antes disso tiver ocorrido baixa da participação societária adquirida, quando, em regra o ágio será realizado)* (Op. cit. p. 73). E complementa mais à frente: *com a incorporação, alerte-se, já não há mais que falar em investimento nem em ágio. Ambas as figuras desaparecem* (Op. cit. p. 74).

Entende o referido autor que a partir da incorporação, *os lucros passam a ser tributados na investidora, pois antes disso no máximo haverá receita de equivalência patrimonial, não tributável* (Op. cit. p. 79). Aqui, porém, os lucros permanecem tributados na investida, que os reduz mediante amortização de ágio decorrente de investimento que subsiste no patrimônio da investidora original.

Caso a investidora fosse empresa nacional, a provisão determinada pela Instrução Normativa CVM nº 349/2001 impediria que a equivalência patrimonial refletisse no seu patrimônio apenas o valor líquido dos resultados, restabelecendo o reconhecimento bruto dos resultados da investida, sem os efeitos da amortização

²³ SCHOUERI, Luís Eduardo Schoueri. *Ágio em Reorganizações Societárias (Aspectos Tributários)*, São Paulo: Dialética, 2012

do ágio na investida, dado que a amortização do ágio se repetiria na investidora. A diferença está na redução da carga tributária da investida que esta manobra permite, em desrespeito ao previsto no art. 7º da Lei nº 9.532/97.

Evidenciado, portanto, que não houve a extinção do investimento, inadmissível a amortização fiscal do ágio.

[...]

Acrescente-se, ainda, que o aporte do lance como capital de uma empresa veículo, para que esta participasse do leilão público – estratégia desconsiderada por prejudicar o sigilo do prego ofertado – não seria suficiente para caracterizar esta intermediária como adquirente e permitir-lhe a amortização do ágio com efeitos fiscais em caso de incorporação da ou pela investida, na medida em que a empresa assim criada representaria apenas uma extensão do caixa da real adquirente, de modo que a subsequente incorporação não ensejaria a união de patrimônios entre investidora e investida, exigida pela Lei nº 9.532/97. *(destaques do original)*

No mais, ainda que a economia fiscal possa ser considerada propósito comercial suficiente para fundamentar determinados atos praticados pelos sujeitos passivos, este direito não é ilimitado e não lhes permite simular situações jurídicas como as verificadas nestes autos.

Correta, assim, a glosa promovida, devendo prevalecer o voto condutor da decisão de 1ª instância na parte em que assim concluiu:

A glosa efetuada pela autoridade tributária decorre do fato de a empresa incorporada (A.Y.M.S.P.E Empreendimentos e Participações S.A.) ter sido constituída unicamente com a finalidade de proceder a reorganização societária, apresentando como finalidade precípua a geração do ágio, não apresentando as reorganizações societárias implementadas substância econômica e propósito comercial.

Empresa essa denominada pela jurisprudência administrativa de “empresa veículo”, prática que, nas palavras da defendente, não foi reprimida pelo legislador.

Inicialmente é oportuno destacar que a legislação trouxe a possibilidade da dedutibilidade do ágio, incluindo a dedutibilidade do ágio quando a empresa incorporada for aquela que detinha a propriedade da participação societária, somente quando a operação for legítima, decorrente de empresas existentes no plano fático e em pleno exercício da sua função social.

Desta forma, assiste razão a autoridade lançadora.

A empresa A.Y.M.S.P.E Empreendimentos e Participações S.A., doravante denominada AYMSPE, foi constituída no mesmo domicílio do escritório de advocacia PINHEIRO E ASSOCIADOS ADVOGADOS, escritório esse que apresenta RENATO DIAS PINHEIRO no quadro societário, profissional que visou o ato de constituição da empresa AYMSPE. Ressalta-se que a autoridade tributária lançadora colacionou ao seu TVF excertos de reportagem na qual indica que o escritório de RENATO DIAS PINHEIRO teria por especialidade “[...] vender o que é conhecido no mercado como “empresas de gaveta” [...]”. Por sua vez, na mesma reportagem, é informado que SUELI FERRETI e CLEBER FARIA, integrantes do quadro societário inicial da empresa AYMSPE, seriam funcionários do

escritório de advocacia, bem como integrariam o quadro societário, em sua fase inicial/constituição, das maiores empresas do País.

A empresa AYMSPE foi constituída em 21/01/2014 com um capital social de R\$ 500,00 reais e, posteriormente, em um breve período de tempo, teve o seu capital social elevado, aproximadamente de R\$ 251 milhões de reais, pelas empresas estrangeiras HOLMES PRODUCTS (FAR EAST) LIMITED e RAIDER MOTOR CORPORATION com a finalidade de fornecer lastro financeiro para a aquisição de 80% das ações da empresa Cadence (Fiscalizada).

Referido aumento de capital foi realizado poucos dias antes da aquisição das ações da empresa Cadence (fiscalizada) pela empresa AYMSPE.

[...]

Posteriormente, poucos meses após adquirir 80% do capital social da fiscalizada, a empresa AYMSPE, controladora da empresa Cadence, foi adquirida pela controlada.

As figuras abaixo tem a finalidade de demonstrar a estrutura societária da fiscalizada após a aquisição de 80% do capital social pela empresa AYMSPE, aquisição essa realizada com ágio e a estrutura societária da fiscalizada após a incorporação reversa da empresa AYMSPE.

[...]

É oportuno destacar que, quando da incorporação da empresa controladora AYMSPE pela sua empresa controlada Cadence, o “Protocolo e Justificação de Incorporação” (fl. 144) afirma, em seu item 1.1, que “A incorporação simplificará a estrutura comercial e administrativa do grupo societário das Partes, reduzindo complexidade e custos atualmente suportados por cada uma delas. Desse modo, a Incorporação levará à eliminação de custos administrativos e financeiros redundantes, gerando benefícios administrativos e operacionais para as Partes, e, conseqüentemente, para seus sócios”.

1. Justificação e Finalidade da Incorporação

1.1. A Incorporação simplificará a estrutura comercial e administrativa do grupo societário das Partes, reduzindo complexidade e custos atualmente suportados por cada uma delas. Desse modo, a Incorporação levará à eliminação de custos administrativos e financeiros redundantes, gerando benefícios administrativos e operacionais para as Partes, e, conseqüentemente, para seus sócios.

A autoridade tributária lançadora questionou referida simplificação da estrutura comercial e administrativa em seu TVF, todavia a defendente não respondeu ao questionamento realizado pela D. autoridade tributária quando da sua impugnação.

*Além de genéricas, essas “justificativas” passam muito longe do real propósito da incorporação. Ora, se fosse para “simplificar a estrutura comercial e administrativa do grupo societário” ou “reduzir a complexidade e os custos”, por que o investimento precisou transitar efemeramente pela AYMSPE? **Afinal, por que o investidor (grupo norte-americano JARDEN CONSUMER SOLUTIONS) teria criado o “problema” (realizar o investimento por intermédio da AYMSPE) sabendo que, menos de seis meses depois, a “solução” seria extinguir a empresa pela incorporação?** (fl. 58, grifo original)*

Embora a defendente tenha afirmado que a criação da AYMSPE tornaria mais simples e eficiente os procedimentos operacionais envolvidos, permitindo, entre outros, um fluxo

financeiro sem necessidade de realização de câmbio e, em virtude de tais fatos, a existência da empresa AYMSPE teria resultado na eficiência operacional, com redução de custos e complexidades que, por si só, representaria, propósito negocial para a sua existência, os atos antecedentes a incorporação reversa da AYMSPE (controladora) pela fiscalizada (controlada) demonstram que a constituição da empresa AYMSPE não teve outra finalidade que não a de proporcionar a geração de ágio com a finalidade de obter benefícios com a sua dedução na apuração do lucro real.

3.31. Com efeito, a existência de AY tornou muito mais simples e eficiente os procedimentos operacionais envolvidos, ao permitir, entre outras coisas, um fluxo financeiro sem necessidade de realização de câmbio, o que ainda poderia evitar risco de exposição cambial dos investidores estrangeiros; afinal, como o próprio TVF informa, além dos pagamentos realizados aos VENDEDORES, diversos outros pagamentos relacionados à operação foram realizados diretamente por AY, como por exemplo aqueles realizados aos diversos assessores, tanto jurídicos quanto financeiros.

3.32. Portanto, a existência de AY resultou em eficiência operacional, com redução de custos e complexidades que por si só já representariam propósito negocial válido para sua existência. (grifo nosso)

O risco de exposição cambial e o fluxo financeiro sem a necessidade de realização de câmbio, apontados entre os fundamentos apresentados pela defendente para identificar o propósito negocial para a constituição da empresa AYMSPE, não são suficientes para subsidiar a necessidade e existência de constituição dessa empresa, pois não há impedimento legal para que o risco da exposição cambial e o fluxo financeiro fossem reduzidos com a aquisição das ações diretamente da Cadence (fiscalizada); que, aliás, antes mesmo da integralização do capital da empresa AYMSPE efetuada pelas empresas estrangeiras, HOLMES PRODUCTS (FAR EAST) LIMITED e RAIDER MOTOR CORPORATION, já havia uma “Carta de Intenções” celebrada na qual constava a intenção de potencial aquisição de quotas do capital social da Cadence, “intenção” essa que, até àquele momento, fora realizada por uma empresa com o capital social de apenas R\$ 500,00 reais.

Destaca-se que referida “Carta de Intenções” foi citada na Ata de Reunião do Conselho de Administração da empresa AYMSPE realizada em 30 de Abril de 2014, em Deliberações, item (i), verificar fl. 447 do PAF, porém não foi apresentada no decorrer do procedimento fiscal, conforme informado pela autoridade tributária lançadora (notas de rodapé nº 29, fls. 63), não sendo apresentada neste litigioso quando da impugnação.

A defendente afirmou em seu protocolo de intenções, quando da incorporação reversa, que “a incorporação simplificará a estrutura comercial e administrativa do grupo societário das Partes, reduzindo complexidade e custos atualmente suportados por cada uma delas”, porém, em face de efêmera existência da empresa AYMSPE, a defendente não demonstrou que essa, de fato, possuía uma estrutura comercial e administrativa que afirmou possuir.

Não demonstrou a defendente, ainda, que a empresa AYMSPE existiu no plano fático. Constituída no endereço de um escritório de advocacia, não demonstrou que referida empresa tenha realizado atos com autonomia ou praticado negócios jurídicos, além daqueles relacionados a integralização de capital, aquisição de 80% do capital social da fiscalizada e a sua incorporação pela controlada.

A existência efêmera da empresa AYMSPE, conforme é possível verificar da tabela a ser apresentada oportunamente neste voto, obtida a partir dos fatos apresentados pela autoridade lançadora no seu TVF, sem comprovação de que tenha existido no plano fático, mas tão somente no plano jurídico, corrobora com os argumentos e provas apresentadas pela autoridade tributária lançadora de que referida empresa fora utilizada como “empresa veículo”, com a única finalidade de “gerar” ágio para dedutibilidade futura.

O uso da empresa AYMSPE, no entendimento deste relator, tornou o investimento na empresa Cadence atrativo a outras empresas, em especial empresas estrangeiras HOLMES PRODUCTS (FAR EAST) LIMITED e RAIDER MOTOR CORPORATION, pois, ao menos desde Dezembro/2013, conforme e-mail de “proposta de assessoria financeira” enviado pelo BTGPactual, constante das fls. 816/825, já havia manifestação dos integrantes do seu quadro societário na alienação das quotas representativas do capital social da sociedade.

Verifica-se, portanto, que em um breve período de tempo após o recebimento da “proposta de assessoria financeira” enviada pela instituição financeira, fora constituída uma empresa (AYMSPE), com capital social de R\$ 500,00, em nome dos funcionários de um escritório de advocacia, posteriormente, aproximadamente um mês, fora celebrado uma “carta de intenções” apresentando a intenção de uma empresa com R\$ 500,00 reais de capital social adquirir um investimento milionário da empresa Cadence, aproximadamente dois meses após a celebração de uma carta de intenções, já com as empresas estrangeiras integrando o quadro societário da empresa AYMSPE, o Conselho de Administração da AYMSPE deliberou sobre a “aquisição de quotas ou ações representativas de até 100% (cem por cento) do capital social da Cadence Indústria e Comércio Ltda, e, poucos meses depois, a empresa Cadence (fiscalizada) incorpora a sua controladora, passando as empresas estrangeiras a integrar o quadro societário da fiscalizada.

É imperativo observar, ainda, que o saldo remanescente do investimento realizado na empresa AYMSPE, que resultou no seu aumento de capital, foi restituído ao acionista bahamense HOLMES PRODUCTS (FAR EAST) LIMITED em razão da redução de R\$ 9.930.000,00 do capital social da empresa AYMSPE, considerado “excessivo”, conforme deliberado na AGE realizada 03/10/2014. Restando pouco mais de R\$ 72 mil no caixa da AYMSPE.

Referida restituição ocorreu poucos dias antes da formalização da incorporação reversa da empresa AYMSPE (controladora) pela fiscalizada (controlada), demonstrando que o investimento na empresa AYMSPE ocorreu tão somente em virtude da engenharia societária implementada, que resultou no ágio gerado.

[...]

Conforme muito bem asseverado pela autoridade tributária lançadora, a reorganização societária, e os atos anteriormente praticados, tais como a criação de uma “empresa veículo”, com a finalidade de tão somente gerar ágio para o seu aproveitamento fiscal, impossibilita a sua amortização e, por conseqüência, redução do lucro real, razão pela qual a glosa é devida.

[...] O que se veda são os planejamentos tributários abusivos em que: (i) o investimento realizado em subsidiária constituída no País tenha sido exclusiva e integralmente aplicado na aquisição da participação societária por intermédio de “empresa veículo”, o que impossibilita a reunião de patrimônios do investidor e

da investida; e/ou (ii) as alterações societárias tenham sido artificiais, sem outro propósito negocial que não apenas a amortização fiscal do ágio.

Enfim, tendo em vista que na aquisição foi utilizada “empresa veículo” constituída no País visando exclusivamente ao aproveitamento fiscal do ágio, sem que houvesse a necessária reunião dos patrimônios do investidor de fato com a investida após as incorporações, é forçoso concluir pela impossibilidade de amortização do ágio na forma pretendida pela fiscalizada

Embora perfeitamente lícita a reorganização societária, reorganização essa garantida ao contribuinte em virtude da “livre iniciativa” e na “autonomia de vontades”, as reorganizações societárias impostas a Administração Tributária apresentam limites bem definidos, sendo válida tão somente quando operada dentro dos contornos admitidos pelo ordenamento jurídico.

A constituição da empresa AYMSPE com a finalidade de adquirir quotas de capital da fiscalizada, gerando ágio a ser dedutível com a sua futura incorporação pela empresa controlada, revela evidentes indícios de abuso de direito³, excedendo as engenharias societárias implementadas, de forma manifesta, os limites impostos pelo seu fim econômico e social.

In casu, com fundamento nos elementos constantes dos autos, verifica-se que a empresa AYMSPE foi constituída unicamente com a finalidade de gerar ágio a ser deduzido em futura incorporação reversa, ágio esse gerado com a finalidade de tornar a alienação das quotas representativas do capital social da sociedade Cadence atrativa a outras empresas, possibilitando a alienação das quotas de capital que os sócios haviam manifestado intenção.

Diante tais fatos, voto no sentido de rejeitar os argumentos apresentados pela defendente, mantendo a glosa efetuada pela autoridade tributária lançadora e, por consequência, pela manutenção dos créditos tributário decorrentes.

Anote-se, apenas, que a decisão de 1ª instância também foi calcada na falta de demonstração do fundamento econômico do ágio, mas este aspecto não foi suscitado no acórdão recorrido, nem cogitado em embargos de declaração ou mencionado em recurso especial, razão pela qual a abordagem correspondente foi suprimida da transcrição acima.

Por todo o exposto, o presente voto é no sentido de DAR PROVIMENTO ao recurso especial da PGFN na matéria “Somente se admite a dedutibilidade do ágio pago quando houver confusão patrimonial entre a investida e a real investidora”.

Com respeito à “possibilidade de cumulação da multa isolada e multa de ofício (a partir de 2007)”, o acórdão recorrido também merece reforma.

Isto porque não há impedimento à aplicação das multas isoladas simultaneamente com a multa de ofício a partir de 2007, como claramente exposto no voto condutor do Acórdão nº 9101-002.962, de lavra da Conselheira Adriana Gomes Rêgo, cujas razões são aqui adotadas também para afastar as objeções à aplicação da penalidade depois do encerramento do exercício e à pretensão de aplicação do princípio da consunção:

Dito isso, tem-se que a lei determina que as pessoas jurídicas sujeitas à apuração do lucro real, apurem seus resultados trimestralmente. Como alternativa, facultou, o legislador, a possibilidade de a pessoa jurídica, obrigada ao lucro real, apurar seus resultados anualmente, desde que antecipe pagamentos mensais, a título de estimativa, que devem ser calculados com base na receita bruta mensal, ou com base em balanço/balancete de suspensão e/ou redução. Observe-se:

Lei nº 9.430, de 1996 (redação original):

Art. 2º A pessoa jurídica sujeita a tributação com base no lucro real poderá optar pelo pagamento do imposto, em cada mês, determinado sobre base de cálculo estimada, mediante a aplicação, sobre a receita bruta auferida mensalmente, dos percentuais de que trata o art. 15 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, observado o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 29 e nos arts. 30 a 32, 34 e 35 da Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995, com as alterações da Lei nº 9.065, de 20 de junho de 1995.

§ 1º O imposto a ser pago mensalmente na forma deste artigo será determinado mediante a aplicação, sobre a base de cálculo, da alíquota de quinze por cento.

§ 2º A parcela da base de cálculo, apurada mensalmente, que exceder a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) ficará sujeita à incidência de adicional de imposto de renda à alíquota de dez por cento.

§ 3º A pessoa jurídica que optar pelo pagamento do imposto na forma deste artigo deverá apurar o lucro real em 31 de dezembro de cada ano, exceto nas hipóteses de que tratam os §§ 1º e 2º do artigo anterior.

§ 4º Para efeito de determinação do saldo de imposto a pagar ou a ser compensado, a pessoa jurídica poderá deduzir do imposto devido o valor:

I - dos incentivos fiscais de dedução do imposto, observados os limites e prazos fixados na legislação vigente, bem como o disposto no § 4º do art. 3º da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995;

II - dos incentivos fiscais de redução e isenção do imposto, calculados com base no lucro da exploração;

III - do imposto de renda pago ou retido na fonte, incidente sobre receitas computadas na determinação do lucro real;

IV - do imposto de renda pago na forma deste artigo.[...]

Há aqueles que alegam que as alterações promovidas no art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, pela Medida Provisória nº 351, de 22 de janeiro de 2007, posteriormente convertida na Lei nº 11.488, de 2007, não teriam afetado, substancialmente, a infração sujeita à aplicação da multa isolada, apenas reduzindo o seu percentual de cálculo e mantendo a vinculação da base imponible ao tributo devido no ajuste anual. Nesse sentido invocam a própria Exposição de Motivos da Medida Provisória nº 351, de 2007, limitou-se a esclarecer que a alteração do art. 44 da

Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, efetuada pelo art. 14 do Projeto, tem o objetivo de reduzir o percentual da multa de ofício, lançada isoladamente, nas hipóteses de falta de pagamento mensal devido pela pessoa física a título de carnê-leão ou pela pessoa jurídica a título de estimativa, bem como retira a hipótese de incidência da multa de ofício no caso de pagamento do tributo após o vencimento do prazo, sem o acréscimo da multa de mora. E, ainda que se entenda que a identidade de bases de cálculo foi superada pela nova redação do dispositivo legal, para essas pessoas subsistiria o fato de as duas penalidades decorrerem de falta de recolhimento de tributo, o que importaria o afastamento da penalidade menos gravosa.

Ora, a vinculação entre os recolhimentos antecipados e a apuração do ajuste anual é inconteste, até porque a antecipação só é devida porque o sujeito passivo opta por postergar para o final do ano-calendário a apuração dos tributos incidentes sobre o lucro.

Contudo, a sistemática de apuração anual demanda uma punição diferenciada em face de infrações das quais resulta falta de recolhimento de tributo pois, na apuração anual, o fluxo de arrecadação da União está prejudicado desde o momento em que a estimativa é devida, e se a exigência do tributo com encargos ficar limitada ao devido por ocasião do ajuste anual, além de não se conseguir reparar todo o prejuízo experimentado à União, há um desestímulo à opção pela apuração trimestral do lucro tributável, hipótese na qual o sujeito passivo responderia pela infração com encargos desde o trimestre de sua ocorrência.

Na redação original do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, esta penalidade foi prevista nos mesmos termos daquela aplicável ao tributo não recolhido no ajuste anual, ou seja, *calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição*, inclusive no mesmo percentual de 75%, e passível de agravamento ou qualificação se presentes as circunstâncias indicadas naquele dispositivo legal. Veja-se:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas, calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição:

I - de setenta e cinco por cento, nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, pagamento ou recolhimento após o vencimento do prazo, sem o acréscimo de multa moratória, de falta de declaração e nos de declaração inexata, excetuada a hipótese do inciso seguinte;

II - cento e cinquenta por cento, nos casos de evidente intuito de fraude, definido 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. (Vide Lei nº 10.892, de 2004)

§ 1º As multas de que trata este artigo serão exigidas:

I - juntamente com o tributo ou a contribuição, quando não houverem sido anteriormente pagos; [...]

III - isoladamente, no caso de pessoa física sujeita ao pagamento mensal do imposto (carnê-leão) na forma do art. 8º da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, que deixar de fazê-lo, ainda que não tenha apurado imposto a pagar na declaração de ajuste;

IV - isoladamente, no caso de pessoa jurídica sujeita ao pagamento do imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro líquido, na forma do art. 2º, que deixar de fazê-lo, ainda que tenha apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente;

V - isoladamente, no caso de tributo ou contribuição social lançado, que não houver sido pago ou recolhido. (Revogado pela Medida Provisória nº 1.725, de 1998) (Revogado pela Lei nº 9.716, de 1998)

[...]

A redação original do dispositivo legal resultou, assim, em punições equivalentes para a falta de recolhimento de estimativas e do ajuste anual. E, decidindo sobre este conflito, a jurisprudência administrativa posicionou-se majoritariamente contra a subsistência da multa isolada, porque calculada a partir da mesma base de cálculo punida com a multa proporcional, e ainda no mesmo percentual desta.

Frente a tais circunstâncias, o art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, foi alterado pela Medida Provisória nº 351, de 2007, para prever duas penalidades distintas: a primeira de 75% calculada sobre o imposto ou contribuição que deixasse de ser recolhido e declarado, e exigida conjuntamente com o principal (inciso I do art. 44), e a segunda de 50% calculada sobre o pagamento mensal que deixasse de ser efetuado, ainda que apurado prejuízo fiscal ou base negativa ao final do ano-calendário, e exigida isoladamente (inciso II do art. 44). Além disso, as hipóteses de qualificação (§1º do art. 44) e agravamento (2º do art. 44) ficaram restritas à penalidade aplicável à falta de pagamento e declaração do imposto ou contribuição. Observe-se:

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

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata; II de 50% (cinquenta por cento), exigida isoladamente, sobre o valor do pagamento mensal:

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

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

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

I - (revogado);

II - (revogado);

III - (revogado);

IV - (revogado);

V - (revogado pela Lei nº 9.716, de 26 de novembro de 1998).

As conseqüências desta alteração foram apropriadamente expostas pelo Conselheiro Marcos Aurélio Pereira Valadão no voto condutor do Acórdão nº 9101-002.251:

Logo, tendo sido alterada a base de cálculo eleita pelo legislador para a multa isolada de totalidade ou diferença de tributo ou contribuição para valor do pagamento mensal, não há mais qualquer vínculo, ou dependência, da multa isolada com a apuração de tributo devido.

Perfilhando o entendimento de que não se confunde a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição com o valor do pagamento mensal, apurado sob base estimada ao longo do ano, é vasta a jurisprudência desta CSRF, valendo mencionar dos últimos cinco anos, entre outros, os acórdãos nºs 9101-00577, de 18 de maio de 2010, 9101-00.685, de 31 de agosto de 2010, 9101-00.879, de 23 de fevereiro de 2011, nº 9101-001.265, de 23 de novembro de 2011, nº 9101-001.336, de 26 de abril de 2012, nº 9101-001.547, de 22 de janeiro de 2013, nº 9101-001.771, de 16 de outubro de 2013, e nº 9101-002.126, de 26 de fevereiro de 2015, todos assim ementados (destaquei):

O artigo 44 da Lei nº 9.430, de 1996, preceitua que a multa de ofício deve ser calculada sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição, materialidade que não se confunde com o valor calculado sob base estimada ao longo do ano.

Daí porque despropositada a decisão recorrida que, após reconhecer expressamente a modificação da redação do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996 pela Lei nº 11.488, de 2007, e transcrever os mesmos dispositivos legais acima, abruptamente conclui no sentido de que (e-fls. 236):

Portanto, cabe excluir a exigência da multa de ofício isolada concomitante à multa proporcional.

Em despacho de admissibilidade de embargos de declaração por omissão, interpostos pela Fazenda Nacional contra aquela decisão, e rejeitados, foi dito o seguinte (e-fls. 247):

Por fim, reafirmo a impossibilidade da aplicação cumulativa dessas multas. Isso porque é sabido que um dos fatores que levou à mudança da redação do citado art. 44 da Lei 9.430/1996 foram os julgados deste Conselho, sendo que à época da edição da Lei 11.488/2007 já predominava esse entendimento. Vejamos novamente a redação de parte [das] disposições do art. 44 da Lei 9.430/1996 alteradas/incluídas pela Lei 11.488/2007:

[...].

Ora, o legislador tinha conhecimento da jurisprudência deste Conselho quanto à impossibilidade de aplicação cumulativa da multa isolada com a multa de ofício, além de outros entendimentos no sentido de que não poderia ser exigida se apurado prejuízo fiscal no encerramento do ano-calendário, ou se o tributo tivesse sido integralmente pago no ajuste anual.

Todavia, tratou apenas das duas últimas hipóteses na nova redação, ou seja, deixou de prever a possibilidade de haver cumulatividade dessas multas. E não se diga que seria esquecimento, pois, logo a seguir, no parágrafo § 1º, excetuou a cumulatividade de penalidades quando a ensejar a aplicação dos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/1964.

Bastava ter acrescentado mais uma alínea no inciso II da nova redação do art. 44 da [Lei nº] 9.430/1996, estabelecendo expressamente essa hipótese, que aliás é a questão de maior incidência.

Ao deixar de fazer isso, uma das conclusões factíveis é que essa cumulatividade é mesmo indevida.

Ora, o legislador, no caso, fez mais do que faria se apenas acrescentasse “mais uma alínea no inciso II da nova redação do art. 44 da [Lei nº] 9.430/1996”.

Na realidade, o que, na redação primeira, era apenas um inciso subordinado a um parágrafo do artigo (art. 44, § 1º, inciso IV, da Lei nº 9.430, de 1996), tornou-se um inciso vinculado ao próprio caput do artigo (art. 44, inciso II, da Lei nº 9.430, de 1996), no mesmo patamar, portanto, do inciso então preexistente, que previa a multa de ofício.

Veja-se a redação do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, dada pela Lei nº 11.488, de 2007 (sublinhei):

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

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

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

[...];

Dessa forma, a norma legal, ao estatuir que “nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas”, está a se referir, iniludivelmente, às duas multas em conjunto, e não mais em separado, como dava a entender a antiga redação do dispositivo.

Nessas condições, não seria necessário que a norma previsse “a possibilidade de haver cumulatividade dessas multas”. Pelo contrário: seria necessário, sim se fosse esse o caso, que a norma exceçõesse essa possibilidade, o que nela não foi feito. Por conseguinte, não há que se falar como pretendeu o sujeito passivo, por ocasião de seu recurso voluntário em “identidade quanto ao critério pessoal e material de ambas as normas sancionatórias”.

Se é verdade que as duas normas sancionatórias, pelo critério pessoal, alcançam o mesmo contribuinte (sujeito passivo), não é verdade que o critério material (verbo + complemento) de uma e de outra se centre “no descumprimento da relação jurídica que determina o recolhimento integral do tributo devido”.

O complemento do critério material de ambas é, agora, distinto:

o da multa de ofício é a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição; já o da multa isolada é o valor do pagamento mensal, apurado sob base estimada ao longo do ano, cuja materialidade, como visto anteriormente, não se confunde com aquela. (grifos do original)

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 subsequente²⁴.

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

²⁴ Neste sentido é o disposto no art. 6º, §1º c/c §2º da Lei nº 9.430, de 1996.

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.

E foi, justamente, a alteração legislativa acima que motivou a edição da referida Súmula CARF nº 105.

Explico.

O enunciado de súmula em referência foi aprovado pela 1ª Turma da CSRF em 08 de dezembro de 2014. Antes, enunciado semelhante foi, por sucessivas vezes, rejeitado pelo Pleno da CSRF, e mesmo pela 1ª Turma da CSRF. Vejase, abaixo, os verbetes submetidos a votação de 2009 a 2014:

PORTARIA Nº 97, DE 24 DE NOVEMBRO DE 2009²⁵

[...]

ANEXO I

I - ENUNCIADOS A SEREM SUBMETIDOS À APROVAÇÃO DO PLENO:

[...]

12. PROPOSTA DE ENUNCIADO DE SÚMULA nº :

Até a vigência da Medida Provisória nº 351/2007, a multa isolada decorrente da falta ou insuficiência de antecipações não pode ser exigida concomitantemente com a multa de ofício incidente sobre o tributo apurado no ajuste anual.

[...]

PORTARIA Nº 27, DE 19 DE NOVEMBRO DE 2012²⁶

[...]

ANEXO ÚNICO

[...]

II - ENUNCIADOS A SEREM SUBMETIDOS À APROVAÇÃO DA 1ª TURMA DA CSRF:

[...]

17. PROPOSTA DE ENUNCIADO DE SÚMULA nº:

Até 21 de janeiro de 2007, descabe o lançamento de multa isolada em razão do não recolhimento do imposto de renda devido em carnê-leão aplicada em concomitância com a multa de ofício prevista no art. 44, inciso I, da Lei nº 9.430/96.

²⁵ Diário Oficial da União, Seção 1, p. 112, em 27 de novembro de 2009.

²⁶ Diário Oficial da União, Seção 1, p. 19, em 27 de novembro de 2012.

Acórdãos precedentes: 104-22036, de 09/06/2006; 3401-00078, de 01/06/2009; 3401-00047, de 06/05/2009; 104-23338, de 26/06/2008; 9202-00.699, de 13/04/2010; 920-201.833, de 25/10/2011.

[...]

III - ENUNCIADOS A SEREM SUBMETIDOS À APROVAÇÃO DA 2ª TURMA DA CSRF:

[...]

22. PROPOSTA DE ENUNCIADO DE SÚMULA nº:

Até 21 de janeiro de 2007, descabe o lançamento de multa isolada em razão do não recolhimento do imposto de renda devido em carnê-leão aplicada em concomitância com a multa de ofício prevista no art. 44, inciso I, da Lei nº 9.430/96.

Acórdãos precedentes: 104-22036, de 09/06/2006; 3401-00078, de 01/06/2009; 3401-00047, de 06/05/2009; 104-23338, de 26/06/2008; 9202-00.699, de 13/04/2010; 9202-01.833, de 25/10/2011.

[...]

PORTARIA Nº18, DE 20 DE NOVEMBRO DE 2013²⁷

[...]

ANEXO I

I - Enunciados a serem submetidos ao Pleno da CSRF:

[...]

9ª. PROPOSTA DE ENUNCIADO DE SÚMULA Até a vigência da Medida Provisória nº 351, de 2007, incabível a aplicação concomitante de multa isolada por falta de recolhimento de estimativas e de ofício pela falta de pagamento de tributo apurado no ajuste anual, devendo subsistir a multa de ofício.

Acórdãos Precedentes: 9101-001261, de 22/11/11; 9101-001203, de 22/11/11; 9101-001238, de 21/11/11; 9101-001307, de 24/04/12; 1402-001.217, de 04/10/12; 1102-00748, de 09/05/12; 1803-001263, de 10/04/12.

[...]

PORTARIA Nº 23, DE 21 DE NOVEMBRO DE 2014²⁸

[...]

ANEXO I

²⁷ Diário Oficial da União, Seção 1, p. 71, de 27 de novembro de 2013.

²⁸ Diário Oficial da União, Seção 1, p. 12, de 25 de novembro de 2014.

[...]

II - Enunciados a serem submetidos à 1ª Turma da CSRF:

[...]

13ª. PROPOSTA DE ENUNCIADO DE SÚMULA 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.

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

[...]

É de se destacar que os enunciados assim propostos de 2009 a 2013 exsurgem da jurisprudência firme, contrária à aplicação concomitante das penalidades **antes** da alteração promovida no art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, pela Medida Provisória nº 351, de 2007, convertida na Lei nº 11.488, de 2007. **Jurisprudência esta, aliás, que motivou a alteração legislativa.**

De outro lado, a discussão acerca dos lançamentos formalizados em razão de infrações cometidas a partir do novo contexto legislativo ainda não apresentava densidade suficiente para indicar qual entendimento deveria ser sumulado.

Considerando tais circunstâncias, o Pleno da CSRF, e também a 1ª Turma da CSRF, rejeitou, por três vezes, nos anos de 2009, 2012 e 2013, o enunciado contrário à concomitância das penalidades até a vigência da Medida Provisória nº 351, de 2007. As discussões nestas votações motivaram alterações posteriores com o objetivo de alcançar redação que fosse acolhida pela maioria qualificada, na forma regimental.

Com a rejeição do enunciado de 2009, a primeira alteração consistiu na supressão da vigência da Medida Provisória nº 351, de 2007, substituindo-a, como marco temporal, pela referência à data de sua publicação. Também foram separadas as hipóteses pertinentes ao IRPJ/CSLL e ao IRPF, submetendo-se à 1ª Turma e à 2ª Turma da CSRF os enunciados correspondentes. Seguindo-se nova rejeição em 2012, o enunciado de 2009 foi reiterado em 2013 e, mais uma vez, rejeitado.

Este cenário deixou patente a imprestabilidade de enunciado distinguindo as ocorrências alcançadas a partir da expressão "até a vigência da Medida Provisória nº 351", de 2007, ou até a data de sua publicação. E isto porque a partir da redação proposta havia o risco de a súmula ser invocada para declarar o cabimento da exigência concomitante das penalidades a partir das alterações promovidas pela Medida Provisória nº 351, de 2007, apesar de a jurisprudência ainda não estar consolidada neste sentido.

Para afastar esta interpretação, o enunciado aprovado pela 1ª Turma da CSRF em 2014 foi redigido de forma direta, de modo a abarcar, apenas, a jurisprudência firme daquele Colegiado: a impossibilidade de cumulação, com a multa de ofício proporcional aplicada sobre os tributos devidos no ajuste anual, das multas isoladas por falta de recolhimento de estimativas exigidas com fundamento na legislação antes de sua alteração pela Medida Provisória nº 351, de 2007. Omitiu-se, intencionalmente, qualquer referência às situações verificadas depois da alteração legislativa em tela, em razão da qual a multa isolada por falta de recolhimento de estimativas passou a estar prevista no art. 44, inciso II, alínea "b", e não mais no art. 44, §1º, inciso IV da Lei nº 9.430, de 1996, sempre com vistas a atribuir os efeitos sumulares²⁹ à parcela do litígio já pacificada.

Assim, 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, de 1996, ou seja, tendo por referência **infrações cometidas antes da alteração** promovida pela Medida Provisória nº 351, de 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.

Neste sentido, vale observar que os precedentes indicados para aprovação da súmula reportam-se, todos, a **infrações cometidas antes de 2007**:

²⁹ Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 256, de 2009, e alterado pela Portaria MF nº 586, de 2010:

[...]

Anexo II

[...]

Art. 18. Aos presidentes de Câmara incumbe, ainda:

[...]

XXI - negar, de ofício ou por proposta do relator, seguimento ao recurso que contrarie enunciado de súmula ou de resolução do Pleno da CSRF, em vigor, quando não houver outra matéria objeto do recurso;

[...]

Art. 53. A sessão de julgamento será pública, salvo decisão justificada da turma para exame de matéria sigilosa, facultada a presença das partes ou de seus procuradores.

[...]

§ 4º Serão julgados em sessões não presenciais os recursos em processos de valor inferior a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) ou, independentemente do valor, forem objeto de súmula ou resolução do CARF ou de decisões do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça na sistemática dos artigos 543B e 543C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil.

[...]

Art. 67. Compete à CSRF, por suas turmas, julgar recurso especial interposto contra decisão que der à lei tributária interpretação divergente da que lhe tenha dado outra câmara, turma de câmara, turma especial ou a própria CSRF.

[...]

§ 2º Não cabe recurso especial de decisão de qualquer das turmas que aplique súmula de jurisprudência dos Conselhos de Contribuintes, da Câmara Superior de Recursos Fiscais ou do CARF, ou que, na apreciação de matéria preliminar, decida pela anulação da decisão de primeira instância.

[...]

Acórdão nº 9101-001.261:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica – IRPJ

Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL

Ano-calendário: 2001

Ementa: APLICAÇÃO CONCOMITANTE DE MULTA DE OFICIO E MULTA ISOLADA NA ESTIMATIVA — Incabível a aplicação concomitante de multa isolada por falta de recolhimento de estimativas no curso do período de apuração e de ofício pela falta de pagamento de tributo apurado no balanço. A infração relativa ao não recolhimento da estimativa mensal caracteriza etapa preparatória do ato de reduzir o imposto no final do ano. Pelo critério da consunção, a primeira conduta é meio de execução da segunda. O bem jurídico mais importante é sem dúvida a efetivação da arrecadação tributária, atendida pelo recolhimento do tributo apurado ao fim do ano-calendário, e o bem jurídico de relevância secundária é a antecipação do fluxo de caixa do governo, representada pelo dever de antecipar essa mesma arrecadação.

Acórdão nº 9101-001.203:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Exercício: 2000, 2001

Ementa: MULTA ISOLADA. ANOS-CALENDÁRIO DE 1999 e 2000. FALTA DE RECOLHIMENTO POR ESTIMATIVA.

CONCOMITÂNCIA COM MULTA DE OFICIO EXIGIDA EM LANÇAMENTO LAVRADO PARA A COBRANÇA DO TRIBUTO. Incabível a aplicação concomitante da multa por falta de recolhimento de tributo sobre bases estimadas e da multa de ofício exigida no lançamento para cobrança de tributo, visto que ambas penalidades tiveram como base o valor das glosas efetivadas pela Fiscalização.

Acórdão nº 9101-001.238:

Assunto: Imposto sobre a Renda Retido na Fonte - IRRF

Exercício: 2001

[...]

MULTA ISOLADA. ANO-CALENDÁRIO DE 2000. FALTA DE RECOLHIMENTO POR ESTIMATIVA. CONCOMITÂNCIA COM MULTA DE OFICIO EXIGIDA EM LANÇAMENTO LAVRADO PARA A COBRANÇA DO TRIBUTO. Incabível a aplicação concomitante da multa por falta de recolhimento de tributo sobre bases estimadas e da multa de ofício exigida no lançamento para cobrança de tributo, visto que ambas penalidades tiveram como base o valor da receita omitida apurado em procedimento fiscal.

Acórdão nº 9101-001.307:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica – IRPJ

Ano-calendário: 1998

[...]

MULTA ISOLADA APLICAÇÃO CONCOMITANTE COM A MULTA DE OFÍCIO — Incabível a aplicação concomitante de multa isolada por falta de recolhimento de estimativas no curso do período de apuração e de ofício pela falta de pagamento de tributo apurado no balanço. A infração relativa ao não recolhimento da estimativa mensal caracteriza etapa preparatória do ato de reduzir o imposto no final do ano. Pelo critério da consunção, a primeira conduta é meio de execução da segunda. O bem jurídico mais importante é sem dúvida a efetivação da arrecadação tributária, atendida pelo recolhimento do tributo apurado ao fim do ano-calendário, e o bem jurídico de relevância secundária é a antecipação do fluxo de caixa do governo, representada pelo dever de antecipar essa mesma arrecadação.

Acórdão nº 1402-001.217:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA – IRPJ

Ano-calendário: 2003

[...]

MULTA DE OFÍCIO ISOLADA POR FALTA DE RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVAS MENSAIS CONCOMITANTE COM A MULTA DE OFÍCIO.

INAPLICABILIDADE. É inaplicável a penalidade quando existir concomitância com a multa de ofício sobre o ajuste anual (mesma base).

[...]

Acórdão nº 1102-000.748:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA – IRPJ

Ano-calendário: 2000, 2001

Ementa:

[...]

LANÇAMENTO DE OFÍCIO. PENALIDADE. MULTA ISOLADA. FALTA DE RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVAS.

Devem ser exoneradas as multas isoladas por falta de recolhimento de estimativas, uma vez que, cumulativamente foram exigidos os tributos com multa de ofício, e a base de cálculo das multas isoladas está inserida na base de cálculo das multas de ofício, sendo descabido, nesse caso, o lançamento concomitante de ambas.

[...]

Acórdão nº 1803-001.263:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA – IRPJ

Ano-calendário: 2002

[...]

APLICAÇÃO CONCOMITANTE DE MULTA DE OFÍCIO E MULTA ISOLADA NA ESTIMATIVA Incabível a aplicação concomitante de multa isolada por falta de recolhimento de estimativas no curso do período de apuração e de ofício pela falta de pagamento de tributo apurado no balanço. A infração relativa ao não recolhimento da estimativa mensal caracteriza etapa preparatória do ato de reduzir o imposto no final do ano.

Pelo critério da consunção, a primeira conduta é meio de execução da segunda. O bem jurídico mais importante é sem dúvida a efetivação da arrecadação tributária, atendida pelo recolhimento do tributo apurado ao fim do ano-calendário, e o bem jurídico de relevância secundária é a antecipação do fluxo de caixa do governo, representada pelo dever de antecipar essa mesma arrecadação.

Frente a tais circunstâncias, ainda que precedentes da súmula veiculem fundamentos autorizadores do cancelamento de exigências formalizadas a partir da alteração promovida pela Medida Provisória nº 351, de 2007, não são eles, propriamente, que vinculam o julgador administrativo, mas sim o enunciado da súmula, no qual está sintetizada a questão pacificada.

Digo isso porque esses precedentes têm sido utilizados para se tentar aplicar outra tese no sentido de afastar a multa, qual seja a do princípio da consunção. Ora se o princípio da consunção fosse fundamento suficiente para inexigibilidade concomitante das multas em debate, o enunciado seria genérico, sem qualquer referência ao fundamento legal dos lançamentos alcançados. A citação expressa do texto legal presta-se a firmar esta circunstância como razão de decidir relevante extraída dos paradigmas, cuja presença é essencial para aplicação das conseqüências do entendimento sumulado.

Há quem argumente que o princípio da consunção veda a cumulação das penalidades. Sustentam os adeptos dessa tese que o não recolhimento da estimativa mensal seria etapa preparatória da infração cometida no ajuste anual e, em tais circunstâncias o princípio da consunção autorizaria a subsistência, apenas, da penalidade aplicada sobre o tributo devido ao final do ano-calendário, prestigiando o bem jurídico mais relevante, no caso, a arrecadação tributária, em confronto com a antecipação de fluxo de caixa assegurada pelas estimativas. Ademais, como a base fática para imposição das penalidades seria a mesma, a exigência concomitante das multas representaria *bis in idem*, até porque, embora a lei tenha previsto ambas penalidades, não determinou a sua aplicação simultânea. E acrescentam que, em se tratando de matéria de penalidades, seria aplicável o art. 112 do CTN.

Entretanto, com a devida vênia, discordo desse entendimento. Para tanto, aproveito-me, inicialmente do voto proferido pela Conselheira Karem Jureidini Dias na condução do acórdão nº 9101-001.135, para trazer sua abordagem conceitual acerca das sanções em matéria tributária:

[...]

A sanção de natureza tributária decorre do descumprimento de obrigação tributária – qual seja, obrigação de pagar tributo. A sanção de natureza tributária pode sofrer agravamento ou qualificação, esta última em razão de o ilícito também possuir natureza penal, como nos casos de existência de dolo, fraude ou simulação. O mesmo auto de infração pode veicular, também, norma impositiva de multa em razão de descumprimento de uma obrigação acessória obrigação de fazer – pois, ainda que a obrigação acessória sempre se relacione a uma obrigação tributária principal, reveste-se de natureza administrativa.

Sobre as obrigações acessórias e principais em matéria tributária, vale destacar o que dispõe o artigo 113 do Código Tributário Nacional:

“Art. 113. A obrigação tributária é principal ou acessória.

§ 1º A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente.

§ 2º A obrigação acessória decorre da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos.

§ 3º A obrigação acessória, pelo simples fato da sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária.”

Fica evidente da leitura do dispositivo em comento que a obrigação principal, em direito tributário, é pagar tributo, e a obrigação acessória é aquela que possui características administrativas, na medida em que as respectivas normas comportamentais servem ao interesse da administração tributária, em especial, quando do exercício da atividade fiscalizatória. O dispositivo transcrito determina, ainda, que em relação à obrigação acessória, ocorrendo seu descumprimento pelo contribuinte e imposta multa, o valor devido converte-se em obrigação principal. Vale destacar que, mesmo ocorrendo tal conversão, a natureza da sanção aplicada permanece sendo administrativa, já que não há cobrança de tributo envolvida, mas sim a aplicação de uma penalidade em razão da inobservância de uma norma que visava proteger os interesses fiscalizatórios da administração tributária.

Assim, as sanções em matéria tributária podem ter natureza (i) tributária principal quando se referem a descumprimento da obrigação principal, ou

seja, falta de recolhimento de tributo; (ii) administrativa – quando se referem à mero descumprimento de obrigação acessória que, em verdade, tem por objetivo auxiliar os agentes públicos que se encarregam da fiscalização; ou, ainda (iii) penal – quando qualquer dos ilícitos antes mencionados representar, também, ilícito penal. Significa dizer que, para definir a natureza da sanção aplicada, necessário se faz verificar o antecedente da norma sancionatória, identificando a relação jurídica desobedecida.

Aplicam-se às sanções o princípio da proporcionalidade, que deve ser observado quando da aplicação do critério quantitativo.

Neste ponto destacamos a lição de Helenilson Cunha Pontes a respeito do princípio da proporcionalidade em matéria de sanções tributárias, verbis:

“As sanções tributárias são instrumentos de que se vale o legislador para buscar o atingimento de uma finalidade desejada pelo ordenamento jurídico. A análise da constitucionalidade de uma sanção deve sempre ser realizada considerando o objetivo visado com sua criação legislativa. De forma geral, como lembra Régis Fernandes de Oliveira, “a sanção deve guardar proporção com o objetivo de sua imposição”. O princípio da proporcionalidade constitui um instrumento normativo-constitucional através do qual pode-se concretizar o controle dos excessos do legislador e das autoridades estatais em geral na definição abstrata e concreta das sanções”.

O primeiro passo para o controle da constitucionalidade de uma sanção, através do princípio da proporcionalidade, consiste na perquirição dos objetivos imediatos visados com a previsão abstrata e/ou com a imposição concreta da sanção. Vale dizer, na perquirição do interesse público que valida a previsão e a imposição de sanção”. (in “O Princípio da Proporcionalidade e o Direito Tributário”, ed. Dialética, São Paulo, 2000, pg.135)

Assim, em respeito a referido princípio, é possível afirmar que: se a multa é de natureza tributária, terá por base apropriada, via de regra, o montante do tributo não recolhido. Se a multa é de natureza administrativa, a base de cálculo terá por grandeza montante proporcional ao ilícito que se pretende proibir. Em ambos os casos as sanções podem ser agravadas ou qualificadas. Agravada, se além do descumprimento de obrigação acessória ou principal, houver embaraço à fiscalização, e, qualificada se ao ilícito somar-se outro de cunho penal – existência de dolo, fraude ou simulação.

A MULTA ISOLADA POR NÃO RECOLHIMENTO DAS ANTECIPAÇÕES

A multa isolada, aplicada por ausência de recolhimento de antecipações, é regulada pelo artigo 44, inciso II, alínea “b”, da Lei nº 9.430/96, verbis:

[...]

A norma prevê, portanto, a imposição da referida penalidade quando o contribuinte do IRPJ e da CSLL, sujeito ao Lucro Real Anual, deixar de promover as antecipações devidas em razão da disposição contida no artigo 2º da Lei nº 9.430/96, verbis:

[...]

A natureza das antecipações, por sua vez, já foi objeto de análise do Superior Tribunal de Justiça, que manifestou entendimento no sentido de considerar que as antecipações se referem ao pagamento de tributo, conforme se depreende dos seguintes julgados:

“TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. IMPOSTO DE RENDA. CSSL. RECOLHIMENTO ANTECIPADO.

ESTIMATIVA. TAXA SELIC. INAPLICABILIDADE.

1. "É firme o entendimento deste Tribunal no sentido de que o regime de antecipação mensal é opção do contribuinte, que pode apurar o lucro real, base de cálculo do IRPJ e da CSSL, por estimativa, e antecipar o pagamento dos tributos, segundo a faculdade prevista no art. 2º da Lei n. 9430/96" (AgRg no REsp 694278RJ, relator Ministro Humberto Martins, DJ de 3/8/2006).

2. A antecipação do pagamento dos tributos não configura pagamento indevido à Fazenda Pública que justifique a incidência da taxa Selic.

3. Recurso especial improvido.”

(Recurso Especial 529570 / SC Relator Ministro João Otávio de Noronha Segunda Turma Data do Julgamento 19/09/2006 DJ 26.10.2006 p. 277)

“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL TRIBUTÁRIO IMPOSTO DE RENDA PESSOA JURÍDICA IRPJ E CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO CSSL APURAÇÃO POR ESTIMATIVA PAGAMENTO ANTECIPADO OPÇÃO DO CONTRIBUINTE LEI N. 9430/96.

É firme o entendimento deste Tribunal no sentido de que o regime de antecipação mensal é opção do contribuinte, que pode apurar o lucro real, base de cálculo do IRPJ e da CSSL, por estimativa, e antecipar o pagamento dos tributos, segundo a faculdade prevista no art. 2º da Lei n. 9430/96. Precedentes: REsp 492.865/RS, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ25.4.2005 e REsp 574347/SC, Rel. Min. José Delgado, DJ 27.9.2004. Agravo regimental improvido.”

(Agravo Regimental No Recurso Especial 2004/01397180 Relator Ministro Humberto Martins Segunda Turma DJ 17.08.2006 p. 341)

Do exposto, infere-se que a multa em questão tem natureza tributária, pois aplicada em razão do descumprimento de obrigação principal, qual seja, falta de pagamento de tributo, ainda que por antecipação prevista em lei.

Debates instalaram-se no âmbito desse Conselho Administrativo sobre a natureza da multa isolada. Inicialmente me filiei à corrente que entendia que a multa isolada não poderia prosperar porque penalizava conduta que não se configurava obrigação principal, tampouco obrigação acessória. Ou seja, mantinha o entendimento de que a multa em questão não se referia a qualquer obrigação prevista no artigo 113 do Código Tributário Nacional, na medida em que penalizava conduta que, a meu ver à época, não podia ser considerada obrigação principal, já que o tributo não estava definitivamente apurado, tampouco poderia ser considerada obrigação acessória, pois evidentemente não configura uma obrigação de caráter meramente administrativo, uma vez que a relação jurídica prevista na norma primária dispositiva é o "pagamento" de antecipação.

Nada obstante, modifiquei meu entendimento, mormente por concluir que trata-se, em verdade, de multa pelo não pagamento do tributo que deve ser antecipado. Ainda que tenha o contribuinte declarado e recolhido o montante devido de IRPJ e CSLL ao final do exercício, fato é que caberá multa isolada quando o contribuinte não efetua a antecipação deste tributo.

Tanto assim que, até a alteração promovida pela Lei nº 11.488/07, o caput do artigo 44 da Lei nº 9.430/96, previa que o cálculo das multas ali estabelecidas seria realizado "sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição".

Frente a estas considerações, releva destacar que a penalidade em debate é exigida isoladamente, sem qualquer hipótese de agravamento ou qualificação e, embora seu cálculo tenha por referência a antecipação não realizada, sua exigência não se dá por falta de "pagamento de tributo", dado o fato gerador do tributo sequer ter ocorrido. De forma semelhante, outras penalidades reconhecidas como decorrentes do descumprimento de obrigações acessórias são calculadas em razão do valor dos tributos devidos³⁰ e exigidas de forma isolada.

³⁰ Lei nº 10.426, de 2002: Art. 7º O sujeito passivo que deixar de apresentar Declaração de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica - DIPJ, Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais - DCTF, Declaração Simplificada da Pessoa Jurídica, Declaração de Imposto de Renda Retido na Fonte - DIRF e Demonstrativo de Apuração de Contribuições Sociais - Dacon, nos prazos fixados, ou que as apresentar com incorreções ou omissões, será intimado a apresentar declaração original, no caso de não-apresentação, ou a prestar esclarecimentos, nos demais casos, no prazo estipulado pela Secretaria da Receita Federal SRF, e sujeitar-se-á às seguintes multas: (Redação dada pela Lei nº 11.051, de 2004)

I - de dois por cento ao mês-calendário ou fração, incidente sobre o montante do imposto de renda da pessoa jurídica informado na DIPJ, ainda que integralmente pago, no caso de falta de entrega desta Declaração ou entrega após o prazo, limitada a vinte por cento, observado o disposto no § 3º;

II - de dois por cento ao mês-calendário ou fração, incidente sobre o montante dos tributos e contribuições informados na DCTF, na Declaração Simplificada da Pessoa Jurídica ou na Dirf, ainda que integralmente pago, no caso de falta de entrega destas Declarações ou entrega após o prazo, limitada a vinte por cento, observado o disposto no § 3º;

III - de 2% (dois por cento) ao mês-calendário ou fração, incidente sobre o montante da Cofins, ou, na sua falta, da contribuição para o PIS/Pasep, informado no Dacon, ainda que integralmente pago, no caso de falta de entrega desta

Sob esta ótica, o recolhimento de estimativas melhor se alinha ao conceito de obrigação acessória que à definição de obrigação principal, até porque a antecipação do recolhimento é, em verdade, um ônus imposto aos que voluntariamente optam pela apuração anual do lucro tributável, e a obrigação acessória, nos termos do art. 113, §2º do CTN, é medida prevista não só no interesse da fiscalização, mas também da arrecadação dos tributos.

Veja-se, aliás, que as manifestações do Superior Tribunal de Justiça acima citadas expressamente reconhecem este ônus como decorrente de uma opção, e distinguem a antecipação do pagamento do pagamento em si, isto para negar a aplicação de juros a partir de seu recolhimento no confronto com o tributo efetivamente devido ao final do ano-calendário.

É certo que a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça já consolidou seu entendimento contrariamente à aplicação concomitante das penalidades em razão do princípio da consunção, conforme evidencia a ementa de julgado recente proferido no Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.576.289/RS:

TRIBUTÁRIO. MULTA ISOLADA E MULTA DE OFÍCIO. ART. 44, I E II, DA LEI 9.430/1996 (REDAÇÃO DADA PELA LEI 11.488/2007). EXIGÊNCIA CONCOMITANTE. IMPOSSIBILIDADE NO CASO. PRECEDENTES.

1. A Segunda Turma do STJ tem posição firmada pela impossibilidade de aplicação concomitante das multas isolada e de ofício previstas nos incisos I e II do art. 44 da Lei 9.430/1996 (AgRg no REsp 1.499.389/PB, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 28/9/2015; REsp 1.496.354/PR, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 24/3/2015).

2. Agravo Regimental não provido.

Todavia, referidos julgados não são de observância obrigatória na forma do art. 62, §1º, inciso II, alínea "b" do Anexo II do Regimento Interno do CARF aprovado pela Portaria MF nº 343, de 2015.

Além disso, a interpretação de que a falta de recolhimento da antecipação mensal é infração abrangida pela falta de recolhimento do ajuste anual, sob o pressuposto da existência de dependência entre elas, sendo a primeira infração preparatória da segunda, desconsidera o prejuízo experimentado pela União com a mora subsistente em razão de o tributo devido no ajuste anual sofrer encargos somente a partir do encerramento do ano-calendário.

Favorece, assim, o sujeito passivo que se obrigou às antecipações para apurar o lucro tributável apenas ao final do ano-calendário, conferindo-lhe significativa vantagem econômica em relação a outro sujeito passivo que, cometendo a mesma infração, mas optando pela regra geral de apuração trimestral dos lucros,

Declaração ou entrega após o prazo, limitada a 20% (vinte por cento), observado o disposto no § 3º deste artigo; e (Redação dada pela Lei nº 11.051, de 2004)

suportaria, além do ônus da escrituração trimestral dos resultados, os encargos pela falta de recolhimento do tributo calculados desde o encerramento do período trimestral.

Quanto à transposição do princípio da consunção para o Direito Tributário, vale a transcrição da oposição manifestada pelo Conselheiro Alberto Pinto Souza Junior no voto condutor do acórdão nº 1302-001.823:

Da inviabilidade de aplicação do princípio da consunção

O princípio da consunção é princípio específico do Direito Penal, aplicável para solução de conflitos aparentes de normas penais, ou seja, situações em que duas ou mais normas penais podem aparentemente incidir sobre um mesmo fato.

Primeiramente, há que se ressaltar que a norma sancionatória tributária não é norma penal stricto sensu. Vale aqui a lembrança que o parágrafo único do art. 273 do anteprojeto do CTN (hoje, art. 112 do CTN), elaborado por Rubens Gomes de Sousa, previa que os princípios gerais do Direito Penal se aplicassem como métodos ou processos supletivos de interpretação da lei tributária, especialmente da lei tributária que definia infrações. Esse dispositivo foi rechaçado pela Comissão Especial de 1954 que elaborou o texto final do anteprojeto, sendo que tal dispositivo não retornou ao texto do CTN que veio a ser aprovado pelo Congresso Nacional. À época, a Comissão Especial do CTN acolheu os fundamentos de que o direito penal tributário não tem semelhança absoluta com o direito penal (sugestão 789, p. 513 dos Trabalhos da Comissão Especial do CTN) e que o direito penal tributário não é autônomo ao direito tributário, pois a pena fiscal mais se assemelha a pena cível do que a criminal (sugestão 787, p.512, idem). Não é difícil, assim, verificar que, na sua gênese, o CTN afastou a possibilidade de aplicação supletiva dos princípios do direito penal na interpretação da norma tributária, logicamente, salvo aqueles expressamente previstos no seu texto, como por exemplo, a retroatividade benigna do art. 106 ou o in dubio pro reo do art. 112.

Oportuna, também, a citação da abordagem exposta em artigo publicado por Heraldo Garcia Vitta³¹:

O Direito Penal é especial, contém princípios, critérios, fundamentos e normas particulares, próprios desse ramo jurídico; por isso, a rigor, as regras dele não podem ser estendidas além dos casos para os quais foram instituídas. De fato, não se aplica norma jurídica senão à ordem de coisas para a qual foi estabelecida; não se pode pôr de lado a natureza da lei, nem o ramo do Direito a que pertence a regra tomada por base do processo analógico.[15 Carlos Maximiliano, Hermenêutica e aplicação do direito, p.212] Na hipótese de concurso de crimes, o legislador escolheu critérios

³¹ http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2644

específicos, próprios desse ramo de Direito. Logo, não se justifica a analogia das normas do Direito Penal no tema concurso real de infrações administrativas.

A 'forma de sancionar' é instituída pelo legislador, segundo critérios de conveniência/oportunidade, isto é, discricionariedade. Compete-lhe elaborar, ou não, regras a respeito da concorrência de infrações administrativas. No silêncio, ocorre cúmulo material.

Aliás, no Direito Administrativo brasileiro, o legislador tem procurado determinar o cúmulo material de infrações, conforme se observa, por exemplo, no artigo 266, da Lei nº 9.503, de 23.12.1997 (Código de Trânsito Brasileiro), segundo o qual "quando o infrator cometer, simultaneamente, duas ou mais infrações, ser-lhe-ão aplicadas, cumulativamente, as respectivas penalidades". Igualmente o artigo 72, §1º, da Lei 9.605, de 12.2.1998, que dispõe sobre sanções penais e administrativas derivadas de condutas lesivas ao meio ambiente: "Se o infrator cometer, simultaneamente, duas ou mais infrações [administrativas, pois o disposto está inserido no Capítulo VI –Da Infração Administrativa] ser-lhe-ão aplicadas, cumulativamente, as sanções a elas cominadas". E também o parágrafo único, do artigo 56, da Lei nº 8.078, de 11.9.1990, que regula a proteção do consumidor: "As sanções [administrativas] previstas neste artigo serão aplicadas pela autoridade administrativa, no âmbito de sua atribuição, podendo ser aplicadas cumulativamente, inclusive por medida cautelar antecedente ou incidente de procedimento administrativo".[16 Evidentemente, se ocorrer, devido ao acúmulo de sanções, perante a hipótese concreta, pena exacerbada, mesmo quando observada imposição do mínimo legal, isto é, quando a autoridade administrativa tenha imposto cominação mínima, estabelecida na lei, ocorrerá invalidação do ato administrativo, devido ao princípio da proporcionalidade.]

No Direito Penal são exemplos de aplicação do princípio da consunção a absorção da tentativa pela consumação, da lesão corporal pelo homicídio e da violação de domicílio pelo furto em residência. Característica destas ocorrências é a sua previsão em normas diferentes, ou seja, a punição concebida de forma autônoma, dada a possibilidade fática de o agente ter a intenção, apenas, de cometer o crime que figura como delito-meio ou delito-fim.

Já no caso em debate, a norma tributária prevê expressamente a aplicação das duas penalidades em face da conduta de sujeito passivo que motive lançamento de ofício, como bem observado pelo Conselheiro Marcos Aurélio Pereira Valadão no já citado voto condutor do acórdão nº 9101-002.251:

[...]

Ora, o legislador, no caso, fez mais do que faria se apenas acrescentasse "mais uma alínea no inciso II da nova redação do art. 44 da [Lei nº] 9.430/1996".

Na realidade, o que, na redação primeira, era apenas um inciso subordinado a um parágrafo do artigo (art. 44, § 1º, inciso IV, da Lei nº 9.430, de 1996), tornou-se um inciso vinculado ao próprio caput do artigo (art. 44, inciso II, da Lei nº 9.430, de 1996), no mesmo patamar, portanto, do inciso então preexistente, que previa a multa de ofício.

Veja-se a redação do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, dada pela Lei nº 11.488, de 2007 (sublinhei):

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

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

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

[...];

Dessa forma, a norma legal, ao estatuir que “nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas”, está a se referir, iniludivelmente, às duas multas em conjunto, e não mais em separado, como dava a entender a antiga redação do dispositivo.

Nessas condições, não seria necessário que a norma previsse “a possibilidade de haver cumulatividade dessas multas”. Pelo contrário: seria necessário, sim se fosse esse o caso, que a norma excetuasse essa possibilidade, o que nela não foi feito. Por conseguinte, não há que se falar como pretendeu o sujeito passivo, por ocasião de seu recurso voluntário em “identidade quanto ao critério pessoal e material de ambas as normas sancionatórias”.

Se é verdade que as duas normas sancionatórias, pelo critério pessoal, alcançam o mesmo contribuinte (sujeito passivo), não é verdade que o critério material (verbo + complemento) de uma e de outra se centre “no descumprimento da relação jurídica que determina o recolhimento integral do tributo devido”.

O complemento do critério material de ambas é, agora, distinto: o da multa de ofício é a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição; já o da multa isolada é o valor do pagamento mensal, apurado sob base estimada ao longo do ano, cuja materialidade, como visto anteriormente, não se confunde com aquela. (grifos do original)

A alteração legislativa promovida pela Medida Provisória nº 351, de 2007, portanto, claramente fixou a possibilidade de aplicação de duas penalidades em caso de lançamento de ofício frente a sujeito passivo optante pela apuração anual do lucro tributável. Somente desconsiderando-se todo o histórico de aplicação

das penalidades previstas na redação original do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, seria possível interpretar que a redação alterada não determinou a aplicação simultânea das penalidades. A redação alterada é direta e impositiva ao firmar que "serão aplicadas as seguintes multas". Ademais, quando o legislador estipula na alínea "b" do inciso II do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, a exigência isolada da multa sobre o valor do pagamento mensal **ainda que** tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base negativa no ano-calendário correspondente, claramente afirma a aplicação da penalidade **mesmo se** apurado lucro tributável e, por consequência, tributo devido sujeito à multa prevista no inciso I do seu art. 44.

Acrescente-se que não se pode falar, no caso, de *bis in idem* sob o pressuposto de que a imposição das penalidades teria a mesma base fática. Basta observar que as infrações ocorrem em diferentes momentos, o primeiro correspondente à apuração da estimativa com a finalidade de cumprir o requisito de antecipação do recolhimento imposto aos optantes pela apuração anual do lucro, e o segundo apenas na apuração do lucro tributável ao final do ano-calendário.

A análise, assim, não pode ficar limitada, por exemplo, à omissão de receitas ou ao registro de despesas indedutíveis, especialmente porque, para fins tributários, estas ocorrências devem, necessariamente, repercutir no cumprimento da obrigação acessória de antecipar ou na constituição, pelo sujeito passivo, da obrigação tributária principal. A base fática, portanto, é constituída pelo registro contábil ou fiscal, ou mesmo sua supressão, e pela repercussão conferida pelo sujeito passivo àquela ocorrência no cumprimento das obrigações tributárias. Como esta conduta se dá em momentos distintos e com finalidades distintas, duas penalidades são aplicáveis, sem se cogitar de *bis in idem*.

Neste sentido, aliás, são as considerações do Conselheiro Alberto Pinto Souza Júnior no voto condutor do Acórdão nº 1302-001.823:

Ainda que aplicável fosse o princípio da consunção para solucionar conflitos aparentes de norma tributárias, não há no caso em tela qualquer conflito que justificasse a sua aplicação.

Conforme já asseverado, o conflito aparente de normas ocorre quando duas ou mais normas podem aparentemente incidir sobre um mesmo fato, o que não ocorre in casu, já que temos duas situações fáticas diferentes: a primeira, o não recolhimento do tributo devido; a segunda, a não observância das normas do regime de recolhimento sobre bases estimadas. Ressalte-se que o simples fato de alguém, optante pelo lucro real anual, deixar de recolher o IRPJ mensal sobre a base estimada não enseja per se a aplicação da multa isolada, pois esta multa só é aplicável quando, além de não recolher o IRPJ mensal sobre a base estimada, o contribuinte deixar de levantar balanço de suspensão, conforme dispõe o art. 35 da Lei no 8.981/95. Assim, a multa isolada não decorre unicamente da falta de recolhimento do IRPJ mensal, mas da inobservância das normas que regem o recolhimento sobre bases estimadas, ou seja, do regime.

[...]

Assim, demonstrado que temos duas situações fáticas diferentes, sob as quais incidem normas diferentes, resta irrefutável que não há unidade de conduta, logo não existe qualquer conflito aparente entre as normas dos incisos I e IV do § 1º do art. 44 e, conseqüentemente, indevida a aplicação do princípio da consunção no caso em tela.

Noutro ponto, refuto os argumentos de que a falta de recolhimento da estimativa mensal seria uma conduta menos grave, por atingir um bem jurídico secundário – que seria a antecipação do fluxo de caixa do governo. Conforme já demonstrado, a multa isolada é aplicável pela não observância do regime de recolhimento pela estimativa e a conduta que ofende tal regime jamais poderia ser tida como menos grave, já que põe em risco todo o sistema de recolhimento do IRPJ sobre o lucro real anual – pelo menos no formato desenhado pelo legislador.

Em verdade, a sistemática de antecipação dos impostos ocorre por diversos meios previstos na legislação tributária, sendo exemplos disto, além dos recolhimentos por estimativa, as retenções feitas pelas fontes pagadoras e o recolhimento mensal obrigatório (carnê-leão), feitos pelos contribuintes pessoas físicas. O que se tem, na verdade são diferentes formas e momentos de exigência da obrigação tributária. Todos esses instrumentos visam ao mesmo tempo assegurar a efetividade da arrecadação tributária e o fluxo de caixa para a execução do orçamento fiscal pelo governo, impondo-se igualmente a sua proteção (como bens jurídicos). Portanto, não há um bem menor, nem uma conduta menos grave que possa ser englobada pela outra, neste caso.

Ademais, é um equívoco dizer que o não recolhimento do IRPJ-estimada é uma ação preparatória para a realização da “conduta mais grave” – não recolhimento do tributo efetivamente devido no ajuste. O não pagamento de todo o tributo devido ao final do exercício pode ocorrer independente do fato de terem sido recolhidas as estimativas, pois o resultado final apurado não guarda necessariamente proporção com os valores devidos por estimativa. Ainda que o contribuinte recolha as antecipações, ao final pode ser apurado um saldo de tributo a pagar, com base no resultado do exercício. As infrações tributárias que ensejam a multa isolada e a multa de ofício nos casos em tela são autônomas. A ocorrência de uma delas não pressupõe necessariamente a existência da outra, logo inaplicável o princípio da consunção, já que não existe conflito aparente de normas.

Tais circunstâncias são totalmente distintas das que ensejam a aplicação de multa moratória ou multa de ofício sobre tributo não recolhido. Nesta segunda hipótese, sim, a base fática é idêntica, porque a infração de não recolher o tributo no vencimento foi praticada e, para compensar a União o sujeito passivo poderá, caso não demande a atuação de um agente fiscal para constituição do crédito

tributário por lançamento de ofício, sujeitar-se a uma penalidade menor³². Se o recolhimento não for promovido depois do vencimento e o lançamento de ofício se fizer necessário, a multa de ofício fixada em maior percentual incorpora, por certo, a reparação que antes poderia ser promovida pelo sujeito passivo sem a atuação de um Auditor Fiscal.

Imprópria, portanto, a ampliação do conteúdo expresso no enunciado da súmula **a partir do que consignado no voto condutor de alguns dos paradigmas.**

É importante repisar, assim, que as decisões acerca das infrações cometidas depois das **alterações promovidas pela Medida Provisória nº 351, de 2007, no art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, não devem observância à Súmula CARF nº 105** e os Conselheiros têm plena liberdade de convicção.

Somente a essência extraída dos paradigmas, integrada ao enunciado no caso, mediante expressa referência ao fundamento legal aplicável antes da edição da Medida Provisória nº 351, de 2007 (art. 44, §1º, inciso IV da Lei nº 9.430, de 1996) , representa o entendimento acolhido pela 1ª Turma da CSRF a ser observado, obrigatoriamente, pelos integrantes da 1ª Seção de Julgamento. Nada além disso.

De outro lado, releva ainda destacar que a aprovação de um enunciado não impõe ao julgador a sua aplicação cega. As circunstâncias do caso concreto devem ser analisadas e, caso identificado algum aspecto antes desconsiderado, é possível afastar a aplicação da súmula.

Veja-se, por exemplo, que o enunciado da Súmula CARF nº 105 é omissivo acerca de outro ponto que permite interpretação favorável à manutenção parcial de exigências formalizadas ainda que com fundamento no art. 44, §1º, inciso IV da Lei nº 9.430, de 1996.

Neste sentido é a declaração de voto da Conselheira Edeli Pereira Bessa no Acórdão nº 1302-001.753:

A multa isolada teve em conta falta de recolhimento de estimativa de CSLL no valor de R\$ 94.130,67, ao passo que a multa de ofício foi aplicada sobre a CSLL apurada no ajuste anual no valor de R\$ 31.595,78. Discute-se, no caso, a aplicação da Súmula CARF nº 105 de seguinte teor: 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

³² Lei nº 9.430, de 1996, art. 61. Os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores ocorrerem a partir de 1º de janeiro de 1997, não pagos nos prazos previstos na legislação específica, serão acrescidos de multa de mora, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento, por dia de atraso.

§ 1º A multa de que trata este artigo será calculada a partir do primeiro dia subsequente ao do vencimento do prazo previsto para o pagamento do tributo ou da contribuição até o dia em que ocorrer o seu pagamento.

§ 2º O percentual de multa a ser aplicado fica limitado a vinte por cento.

§ 3º Sobre os débitos a que se refere este artigo incidirão juros de mora calculados à taxa a que se refere o § 3º do art. 5º, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento. (Vide Medida Provisória nº 1.725, de 1998) (Vide Lei nº 9.716, de 1998)

tempo da multa de ofício por falta de pagamento de IRPJ e CSLL apurado no ajuste anual, devendo subsistir a multa de ofício.

Os períodos de apuração autuados estariam alcançados pelo dispositivo legal apontado na Súmula CARF nº 105. Todavia, como evidenciam as bases de cálculo das penalidades, a concomitância se verificou apenas sobre parte da multa isolada exigida por falta de recolhimento da estimativa de CSLL devida em dezembro/2002. Importa, assim, avaliar se o entendimento sumulado determinaria a exoneração de toda a multa isolada aqui aplicada.

*A referência à exigência **ao mesmo tempo** das duas penalidades não possui uma única interpretação. É possível concluir, a partir do disposto, que não subsiste a multa isolada aplicada no mesmo lançamento em que formalizada a exigência do ajuste anual com acréscimo da multa de ofício proporcional, ou então que a multa isolada deve ser exonerada quando exigida em face de antecipação contida no ajuste anual que ensejou a exigência do principal e correspondente multa de ofício. Além disso, pode-se interpretar que deve subsistir apenas uma penalidade quando a causa de sua aplicação é a mesma.*

Os precedentes que orientaram a edição da Súmula CARF nº 105 auxiliam nesta interpretação. São eles:

[...]

Observa-se nas ementas dos Acórdãos nº 9101-001.261, 9101-001.307 e 1803-001.263 a abordagem genérica da infração de falta de recolhimento de estimativas como etapa preparatória do ato de reduzir o imposto no final do ano, e que por esta razão é absorvida pela segunda infração, devendo subsistir apenas a punição aplicada sobre esta. Sob esta vertente interpretativa, qualquer multa isolada aplicada por falta de recolhimento de estimativas sucumbiria frente à exigência do ajuste anual com acréscimo de multa de ofício.

Porém, os Acórdãos nº 9101-001.203 e 9101-001.238, reportam-se à identidade entre a infração que, constatada pela Fiscalização, enseja a apuração da falta de recolhimento de estimativas e da falta de recolhimento do ajuste anual, assim como os Acórdãos nº 1402-001.217 e 1102-000.748 fazem referência a aplicação de penalidades sobre a mesma base, ou ao fato de a base de cálculo das multas isoladas estar contida na base de cálculo da multa de ofício. Tais referências permitem concluir que, para identificação da concomitância, deve ser avaliada a causa da aplicação da penalidade ou, ao menos, o seu reflexo na apuração do ajuste anual e nas bases estimativas.

A adoção de tais referenciais para edição da Súmula CARF nº 105 evidencia que não se pretendeu atribuir um conteúdo único à concomitância, permitindo-se a livre interpretação acerca de seu alcance.

Considerando que, no presente caso, as infrações foram apuradas de forma independente estimativa não recolhida em razão de seu parcelamento parcial e ajuste anual não recolhido em razão da compensação de bases negativas acima do limite legal e assim resultaram em distintas bases para aplicação das penalidades, é válido concluir que não há concomitância em relação à multa isolada aplicada sobre a parcela de R\$ 62.534,89 (= R\$ 94.130,67 R\$ 31.595,78), correspondente à estimativa de CSLL em dezembro/2002 que excede a falta de recolhimento apurada no ajuste anual.

Divergência neste sentido, aliás, já estava consubstanciada antes da aprovação da súmula, nos termos do voto condutor do Acórdão nº 120100.235, de lavra do Conselheiro Guilherme Adolfo dos Santos Mendes:

[...]

O valor tributável é o mesmo (R\$ 15.470.000,00). Isso, contudo, não implica necessariamente numa perfeita coincidência delitiva, pois pode ocorrer também que uma omissão de receita resulte num delito quantitativamente mais intenso.

Foi o que ocorreu. Em razão de prejuízos posteriores ao mês do fato gerador, o impacto da omissão sobre a tributação anual foi menor que o sofrido na antecipação mensal. Desse modo, a absorção deve é apenas parcial.

Conforme o demonstrativo de fls. 21, a omissão resultou numa base tributável anual do IR no valor de R\$ 5.076.300,39, mas numa base estimada de R\$ 8.902.754,18. Assim, deve ser mantida a multa isolada relativa à estimativa de imposto de renda que deixou de ser recolhida sobre R\$ 3.826.453,79 (R\$ 8.902.754,18 – R\$ 5.076.300,39), parcela essa que não foi absorvida pelo delito de não recolhimento definitivo, sobre o qual foi aplicada a multa proporcional.

Abaixo, segue a discriminação dos valores:

Base estimada remanescente: R\$ 3.826.453,79

Estimativa remanescente (R\$ 3.826.453,79 x 25%): R\$ 956.613,45

Multa isolada mantida (R\$ 956.613,45 x 50%): R\$ 478.306,72

Multa isolada excluída (R\$ 1.109.844,27 – R\$ 478.306,72): R\$ 631.537,55

[...]

A observância do entendimento sumulado, portanto, pressupõe a identificação dos requisitos expressos no enunciado e a análise das circunstâncias do caso concreto, a fim de conferir eficácia à súmula, mas não aplica-la a casos distintos. Assim, a referência expressa ao fundamento legal das exigências às quais se aplica o entendimento sumulado limita a sua abrangência, mas a adoção de expressões

cujo significado não pode ser identificado a partir dos paradigmas da súmula confere liberdade interpretativa ao julgador.

Como antes referido, no presente processo a multa isolada por falta de recolhimento das estimativas mensais foi exigida para fatos ocorridos após alterações promovidas pela Medida Provisória nº 351, de 2007, no art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996.

Sendo assim e diante do todo o exposto, não só não há falar na aplicação ao caso da Súmula CARF nº 105, como não se pode cogitar da impossibilidade de lançamento da multa isolada por falta de recolhimento das estimativas após o encerramento do ano-calendário.

Como se viu, a multa de 50% prevista no inciso II do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996 e calculada sobre o pagamento mensal de antecipação de IRPJ e CSLL que deixe de ser efetuado penaliza o descumprimento do dever de antecipar o recolhimento de tais tributos e independe do resultado apurado ao final do ano-calendário e da eventual aplicação de multa de ofício.

Nessa condição, a multa isolada é devida ainda que se apure prejuízo fiscal ou base negativa de CSLL, conforme estabelece a alínea "b" do referido inciso II do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, sendo que não haveria sentido em comando nesse sentido caso não se pudesse aplicar a multa após o encerramento do ano-calendário, eis que antes de encerrado o ano sequer pode se determinar se houve ou não prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa de CSLL.

No mesmo sentido do entendimento aqui manifestado citam-se os seguintes acórdãos desta 1ª Turma da CSRF: 9101-002.414 (de 17/08/2016), 9101-002.438 (de 20/09/2016) e 9101-002.510 (de 12/12/2016).

É de se negar, portanto, provimento ao recurso da Contribuinte, mantendo-se o lançamento de multa isolada por falta de recolhimento das estimativas.

Especificamente acerca do princípio da consunção, vale o acréscimo das razões de decidir adotadas pelo Conselheiro Fernando Brasil de Oliveira Pinto e expostas, dentre outros, no voto condutor do Acórdão nº 9101-006.056³³:

A alteração da redação do art. 44 da Lei nº 9.430/96 buscou adequar o dispositivo face à jurisprudência então dominante no CARF, mais precisamente a firmada em torno do entendimento do então Conselheiro e Presidente de Câmara José Clóvis Alves, o qual atacava a redação do *caput* do art. 44 da Lei nº 9.430/96 ("*Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas, calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição...*"), e divisava *bis in idem*,

³³ 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, Gustavo Guimarães da Fonseca (suplente convocado) e Andréa Duek Simantob (Presidente em exercício), e divergiram na matéria os Conselheiros Livia De Carli Germano, Luis Henrique Marotti Toselli e Alexandre Evaristo Pinto.

entendendo que a "mesma" multa seria aplicada quando do lançamento de ofício do tributo (Acórdão CSRF 01-05503 - 101-134520).

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

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

[...]

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

Dessarte, em múltiplas facetas o regime das sanções pelo descumprimento de obrigações tributárias mais se aproxima do penal que do tributário.

Pois bem, a Doutrina do Direito Penal afirma que, dentre as funções da pena, há a PREVENÇÃO GERAL e a PREVENÇÃO ESPECIAL.

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

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

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

Hector Villegas, (em Direito Penal Tributário. São Paulo, Resenha Tributária, EDUC, 1994), por exemplo, nos noticia o intenso debate da Doutrina Argentina acerca da aplicação da retroatividade benigna às leis temporárias e excepcionais.

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

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

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

Como é previsível, no caso das extraordinárias, e certo, em relação às temporárias, a cessação de sua vigência, a exclusão da punição implicaria a perda de eficácia de suas determinações, uma vez que todos teriam a garantia prévia de, em breve, deixarem de ser punidos. É o caso de uma lei que impõe a punição pelo descumprimento de tabelamento temporário de preços. Se após o período de tabelamento, aqueles que o descumpriram não fossem punidos e eles tivessem a garantia prévia disso, por que então cumprir a lei no período em que estava vigente?

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

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

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

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

De forma geral, o princípio da consunção determina que em face a um ou mais ilícitos penais denominados CONSUNTOS, que funcionam apenas como fases de preparação ou de execução de um outro, mais grave que o(s) primeiro(s), chamado CONSUNTIVO, ou tão-somente como condutas, anteriores ou posteriores, mas sempre intimamente interligado ou

inerente, dependentemente, deste último, O SUJEITO ATIVO SÓ DEVERÁ SER RESPONSABILIZADO PELO ILÍCITO MAIS GRAVE.³⁴

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

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

Pois bem. Doutrinariamente, existe CRIME PROGRESSIVO quando o sujeito, para alcançar um resultado normativo (ofensa ou perigo de dano a um bem jurídico), necessariamente deverá passar por uma conduta inicial que produz outro evento normativo, menos grave que o primeiro.

Noutros termos: para ofender um bem jurídico qualquer, o agente, indispensavelmente, terá de inicialmente ofender outro, de menor gravidade — passagem por um MINUS em direção a um PLUS.³⁵ (destaques acrescidos).

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

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

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

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

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

Nestes termos, ainda que as infrações cometidas repercutam na apuração da estimativa mensal e do ajuste anual, diferentes são as condutas punidas: o dever de antecipar e o

³⁴ RAMOS, Guilherme da Rocha. Princípio da consunção: o problema conceitual do crime progressivo e da progressão criminosa. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 44, 1 ago. 2000. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/996>>. Acesso em: 6 dez. 2010.

³⁵ Idem, Idem

dever de recolher o tributo devido ao final do ano-calendário. As alterações promovidas pela Medida Provisória nº 351, de 2007, convertida na Lei nº 11.488, de 2007, por sua vez, não excetuaram a aplicação simultânea das penalidades, justamente porque diferentes são as condutas reprimidas, o mesmo se verificando na Instrução Normativa SRF nº 93, de 1997, replicado atualmente na Instrução Normativa RFB nº 1700, de 2017, que em seu art. 52 prevê a imposição, apenas, da multa isolada durante o ano-calendário, enquanto não ocorrido o fato gerador que somente se completará ao seu final, restando a possibilidade de aplicação concomitante com a multa de ofício, depois do encerramento do ano-calendário, reconhecida expressamente em seu art. 53. Veja-se:

Art. 52. Verificada, durante o ano-calendário em curso, a falta de pagamento do IRPJ ou da CSLL por estimativa, o lançamento de ofício restringir-se-á à multa isolada sobre os valores não recolhidos.

§ 1º A multa de que trata o caput será de 50% (cinquenta por cento) sobre o valor do pagamento mensal que deixar de ser efetuado.

§ 2º As infrações relativas às regras de determinação do lucro real ou do resultado ajustado, verificadas nos procedimentos de redução ou suspensão do IRPJ ou da CSLL a pagar em determinado mês, ensejarão a aplicação da multa de ofício sobre o valor indevidamente reduzido ou suspenso.

§ 3º Na falta de atendimento à intimação de que trata o § 1º do art. 51, no prazo nela consignado, o Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil procederá à aplicação da multa de que trata o caput sobre o valor apurado com base nas regras previstas nos arts. 32 a 41, ressalvado o disposto no § 2º do art. 51.

§ 4º A não escrituração do livro Diário ou do Livro de que trata o caput do art. 310 até a data fixada para pagamento do IRPJ e da CSLL do respectivo mês, implicará desconsideração do balanço ou balancete para efeito da suspensão ou redução de que trata o art. 47 e a aplicação do disposto no § 2º deste artigo.

§ 5º Na verificação relativa ao ano-calendário em curso o livro Diário e o Livro de que se refere o § 4º serão exigidos mediante intimação específica, emitida pelo Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil.

Art. 53. Verificada a falta de pagamento do IRPJ ou da CSLL por estimativa, após o término do ano-calendário, o lançamento de ofício abrangerá:

I - a multa de ofício de 50% (cinquenta por cento) sobre o valor do pagamento mensal que deixar de ser efetuado, ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa da CSLL no ano-calendário correspondente; e

II - o IRPJ ou a CSLL devido com base no lucro real ou no resultado ajustado apurado em 31 de dezembro, caso não recolhido, acrescido de multa de ofício e juros de mora contados do vencimento da quota única do tributo.

Observe-se, também, que as manifestações do Superior Tribunal de Justiça acerca do tema foram editadas, apenas, no âmbito da 2ª Turma, e o posicionamento desta, inclusive, está

renovado em acórdão mais recente, mas sem acréscimos nas razões de decidir, exarado nos autos do Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1.603.525/RJ, proferido em 23/11/2020³⁶ e assim ementado:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. MULTA ISOLADA E DE OFÍCIO. ART. 44 DA LEI N. 9.430/96 (REDAÇÃO DADA PELA LEI N. 11.488/07). EXIGÊNCIA CONCOMITANTE. IMPOSSIBILIDADE NO CASO.

I - Na origem, trata-se de ação objetivando a anulação de três lançamentos tributários, em virtude da existência de excesso do montante cobrado.

II - Após sentença que julgou parcialmente procedente o pleito elaborado na exordial, foram interpostas apelações pelo contribuinte e pela Fazenda Nacional, recursos que tiveram, respectivamente, seu provimento parcialmente concedido e negado pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região, ficando consignado o entendimento de que é ilegal a aplicação concomitante das multas de ofício e isolada, previstas no art. 44 da Lei n. 9.430/1996.

III - Conquanto a parte insista que a única hipótese em que se poderá cobrar a multa isolada é se não for possível cobrar a multa de ofício, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica ao afirmar que é ilegal a aplicação concomitante das multas isolada e de ofício previstas nos incisos I e II do art. 44 da Lei n. 9.430/1996. Nesse sentido: REsp 1.496.354/PR, relator Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 17/3/2015, DJe 24/3/2015 e AgRg no REsp 1.499.389/PB, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 17/9/2015, DJe 28/9/2015.

IV - Agravo interno improvido.

Cabe esclarecer, por fim, que a Súmula CARF nº 82 confirma a presente exigência. Isto porque o entendimento consolidado de que *após o encerramento do ano-calendário, é incabível lançamento de ofício de IRPJ ou CSLL para exigir estimativas não recolhidas* decorre, justamente, da previsão legal de aplicação da multa de ofício isolada quando constatada tal infração. Ou seja, encerrado o ano-calendário, descabe exigir as estimativas não recolhidas, vez que já evidenciada a apuração final do tributo passível de lançamento se não recolhido e/ou declarado. Contudo, a lei não deixa impune o descumprimento da obrigação de antecipar os recolhimentos decorrentes da opção pela apuração do lucro real, estipulando desde a redação original do art. 44, §1º, inciso IV da Lei nº 9.430, de 1996, a exigência isolada da multa por falta de recolhimento das estimativas, assim formalizada sem o acompanhamento do principal das estimativas não recolhidas que passarão, antes, pelo filtro da apuração ao final do ano-calendário.

Estas as razões, portanto, para DAR PROVIMENTO ao recurso especial da PGFN na matéria “possibilidade de cumulação da multa isolada e multa de ofício (a partir de 2007)”.

³⁶ Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Og Fernandes, Mauro Campbell Marques e Assusete Magalhães votaram com o Sr. Ministro Relator Francisco Falcão.

Conclusão

O presente voto, assim, é por CONHECER do recurso especial da PGFN e DAR-LHE PROVIMENTO.

Assinado Digitalmente

Edeli Pereira Bessa

VOTO VENCEDOR

Conselheiro Luis Henrique Marotti Toselli, Redator designado.

Da amortização do ágio

Podemos dizer que a “novela ágio” começou com o Decreto-Lei nº 1.598/1977, publicado com a finalidade de adequar a legislação tributária ao então novo regramento contábil previsto na Lei nº 6.404/1976, notadamente no que diz respeito ao tratamento da diferença entre o custo de aquisição e o valor do investimento avaliado pelo método de equivalência patrimonial – MEP.

Segundo o artigo 248 da Lei nº 6.404/1976 (LSA), os investimentos considerados relevantes nos termos desta lei estão sujeitos ao MEP, o que significa dizer que devem ser registrados no balanço da investidora pelo valor correspondente à sua participação no patrimônio líquido da investida, submetendo-se, assim, à apuração de diferenças, para mais ou para menos, em relação ao custo de aquisição³⁷.

É importante notar que a legislação societária (LSA) não fez (e ainda não faz) nenhuma referência a ágio ou deságio, prescrevendo apenas quem está sujeito ao MEP.

Já o Legislador tributário prescreveu, já na redação originária do artigo 20 do Decreto-Lei 1.598/77³⁸, que os investimentos sujeitos ao MEP deveriam ser desdobrados em duas rubricas:

³⁷ Antes da LSA, o Decreto-Lei n. 2.627/1940, por meio do seu artigo 129, determinava a avaliação de todo tipo de investimento com base no custo de aquisição efetivo.

³⁸ Artigo 20 - O contribuinte que avaliar investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição em:

(a) valor de patrimônio líquido na época da aquisição (*patrimônio líquido da sociedade x percentual de participação*), e

(b) ágio ou deságio na aquisição, que será a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor de patrimônio líquido descrito acima.

Como se percebe, foi o próprio Direito Tributário que, após incorporar por remissão à figura societária do *método de equivalência patrimonial (o MEP)*, veiculou um conceito próprio de ágio ou deságio, representados justamente pela diferença (positiva ou negativa) apurada em razão do MEP.

Ainda previu o § 2º do artigo 20 - também de maneira inovadora, afinal a lei societária não fazia nenhuma referência às suas possíveis origem -, que o lançamento do ágio ou deságio deveria indicar seu fundamento econômico, dentre os seguintes:

a) valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade;

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

c) fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

Não obstante as potenciais intersecções da origem do ágio, a legislação tributária daquela época, apesar de fazer menção às possíveis razões econômicas que poderiam levar a apuração do ágio ou deságio, não prescrevia o tratamento fiscal da baixa do investimento (e, conseqüentemente, do *sobrepreço*) em função do seu fundamento econômico (*motivo do ágio*), conforme evidencia as disposições dos artigos 25, 31, 33³⁹ e 34 do Decreto-Lei nº 1.598/77, *in verbis*:

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

Artigo 31 - Serão classificados como ganhos ou perdas de capital, e computados na determinação do lucro real, os resultados na alienação, inclusive por desapropriação (§ 4º), na baixa por perecimento, extinção, desgaste, obsolescência ou exaustão, ou na liquidação de bens do ativo permanente.

Artigo 33 - O valor contábil, para efeito de determinar o ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação do investimento em coligada ou controlada

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.

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

³⁹ Esse artigo foi alterado pela Lei nº 12.973, de 2014.

avaliado pelo valor de patrimônio líquido (art. 20), será a soma algébrica dos seguintes valores:

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

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

(...)

Artigo 34 - Na fusão, incorporação ou cisão de sociedades com extinção de ações ou quotas de capital **de uma possuída por outra**, a diferença entre o valor contábil das ações ou quotas extintas e o valor de acervo líquido que as substituir será computado na determinação do lucro real de acordo com as seguintes normas: *(Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014)*

I - somente será dedutível como **perda de capital a diferença entre o valor contábil e o valor de acervo líquido avaliado a preços de mercado**, e o contribuinte poderá, para efeito de determinar o lucro real, optar pelo tratamento da diferença como ativo diferido, amortizável no prazo máximo de 10 anos; *(Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014)*

II - será computado como **ganho de capital o valor pelo qual tiver sido recebido o acervo líquido que exceder o valor contábil das ações ou quotas extintas**, mas o contribuinte poderá, observado o disposto nos §§ 1º e 2º, diferir a tributação sobre a parte do ganho de capital em bens do ativo permanente, até que esse seja realizado. *(Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014)*

§ 1º O contribuinte somente poderá diferir a tributação da parte do ganho de capital correspondente a bens do ativo permanente se: *(Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014)*

a) discriminar os bens do acervo líquido recebido a que corresponder o ganho de capital diferido, de modo a permitir a determinação do valor realizado em cada período-base; e *(Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014)*

b) manter, no livro de que trata o item I do artigo 8º, conta de controle do ganho de capital ainda não tributado, cujo saldo ficará sujeito a correção monetária anual, por ocasião do balanço, aos mesmos coeficientes aplicados na correção do ativo permanente. *(Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014)*

§ 2º - O contribuinte deve computar no lucro real de cada período-base a parte do ganho de capital realizada mediante alienação ou liquidação, ou através de quotas de depreciação, amortização ou exaustão deduzidas como custo ou despesa operacional. *(Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014)* (grifamos)

Da leitura desses dispositivos, verifica-se que desde 1977 o ágio gerado na aquisição de participações societárias já possuía efeitos fiscais quando da liquidação do investimento por

fusão, incorporação ou cisão, sujeitando-se o contribuinte à apuração de um ganho tributável ou uma perda de capital dedutível nessas operações. Isso porque assim dispunha o referido art. 34: nas hipóteses de fusão, incorporação ou cisão de empresas com investimento entre elas (ou, nas palavras do Legislador, da *extinção de ações ou quotas de capital de uma possuída por outra*), o resultado do confronto entre o valor contábil das ações ou quotas extintas e o valor do acervo líquido **avaliado a mercado** que as substituir: **se negativo**, poderia ser deduzido fiscalmente como *perda de capital*, inclusive com a opção, prevista na norma, deste saldo ser registrado no Ativo Diferido para amortização em até 10 (dez) anos; e **se positivo**, deveria ser tributado como *ganho de capital*.

Com efeito, sendo uma parcela integrante do custo de aquisição do investimento, resta até lógico, dentro do contexto da tributação da *renda líquida*, que o ágio seja dedutível quando da liquidação ou baixa deste ativo, sob pena de tributar o próprio patrimônio, e não o lucro.

Ao contrário, então, do que alguns autores afirmam, o direito à dedução do ágio não constitui um *benefício fiscal* em sentido técnico (renúncia estatal), tendo em vista que a sua natureza é de custo incorrido na aquisição de participação societária (ativo), custo este que, na ausência de regra legal específica, já poderia ser deduzido como perda (decrécimo patrimonial) quando da extinção do investimento.

Como bem observou João Francisco Bianco⁴⁰:

Sendo o ágio uma parcela do custo de aquisição do investimento, o art. 25 do Decreto-Lei n. 1.598/1977 está absolutamente correto ao estabelecer que a contrapartida da redução do valor do ágio não será computada na determinação do lucro real, enquanto não houver a baixa ou liquidação do investimento.

O comando previsto no art. 25 do Decreto-Lei n. 1.598/1977 não decorre do fato de que o resultado de equivalência patrimonial é neutro para fins fiscais, mas, sim, da constatação de que o custo de aquisição do investimento permanece registrado no ativo da pessoa jurídica enquanto não houver nenhum evento de realização que justifique o seu trânsito em resultado. Trata-se, portanto, da mesma regra aplicável a qualquer outro bem de capital adquirido pela pessoa jurídica, que não esteja sujeito à depreciação, amortização ou exaustão, como ocorre, por exemplo, com um terreno.

Em outras palavras, o ágio é neutro antes do evento de incorporação, fusão ou cisão, porque o investimento ainda não foi realizado, assim como o resultado de equivalência patrimonial é neutro porque os lucros ou dividendos da sociedade investida ainda não foram distribuídos, refletindo mero ajuste contábil de caráter provisório e aproximado, que tem o objetivo de ajustar o valor do investimento para refletir a situação econômica atual da sociedade investida.

⁴⁰ Ainda o ágio pago na aquisição de investimento. In: Controvérsias Jurídico-contábeis. São Paulo: Atlas. 2020. P. 203.

Dúvidas existiam, na verdade, sobre a aplicação do tratamento fiscal na hipótese de incorporação da empresa investidora pela investida, até mesmo porque a legislação, além de não tratar da *incorporação reversa* de forma expressa, se valia da expressão *extinção de ações ou quotas de capital de uma possuída por outra*, o que poderia, ao menos em uma leitura mais apressada, dar margem para uma interpretação no sentido de que a dedução estaria restrita à incorporação direta, afinal é a investidora quem possui ações ou quotas da investida, e não vice-versa.

Quanto ao fundamento econômico do ágio (razão econômica), repita-se que a lei originária não o considerada relevante na definição do seu tratamento fiscal. O que a lei determinava, conforme visto acima, era que a perda de capital passível de dedução deveria corresponder à diferença entre o **valor contábil** das ações ou quotas e o **valor do acervo líquido avaliado a preços de mercado**.

Nesse contexto, e decorridos 20 (vinte) anos da vigência do Decreto-Lei nº 1.598/77, os Poderes Executivo e Legislativo resolveram estabelecer novo tratamento fiscal para a “baixa do ágio” por fusão, incorporação ou cisão, o que foi feito através das regras introduzidas pela Medida Provisória nº 1.602/1997⁴¹, a qual, após sua conversão na Lei nº 9.532/1997, passou a regulamentar a matéria no bojo dos artigos 7º e 8º a seguir transcritos.

Artigo 7º - A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977⁴²: *(grifamos)*

⁴¹ Da exposição de motivos da Medida Provisória (publicada no Diário do Congresso Nacional de 02.12.1997 (páginas 18.021/18.023) extrai-se que:

Tenho a honra de submeter a apreciação de Vossa Excelência o incluso Projeto de Medida Provisória, que altera a legislação tributária e dá outras providências.

2. O Projeto se insere no contexto de modernização e aperfeiçoamento da legislação tributária do País, que vem sendo perseguido ao longo do Governo de Vossa Excelência, com a finalidade de torna-la mais compatível com a realidade econômica atual.

3. O Projeto, ao mesmo tempo que estabelece formas para prevenir a evasão de receita tributária e reduzir a renúncia fiscal decorrente de todos os incentivos fiscais atualmente em vigor, cria mecanismos que estimulam a atividade produtora e viabilizam operações entre empresas nacionais e do exterior.

(...)

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

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

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

⁴² Artigo 20 - (...)

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

I - valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade;

I - deverá registrar o valor do ágio ou deságio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "a" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, em contrapartida à conta que registre o bem ou direito que lhe deu causa;

II - deverá registrar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "c" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, em contrapartida a conta de ativo permanente, não sujeita a amortização;

III - poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do § 2º do art. 20 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração;

IV - deverá amortizar o valor do deságio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados durante os cinco anos-calendários subseqüentes à incorporação, fusão ou cisão, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no mínimo, para cada mês do período de apuração.

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

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

a) o ágio, em conta de ativo diferido, para amortização na forma prevista no inciso III;

b) o deságio, em conta de receita diferida, para amortização na forma prevista no inciso IV.

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

a) será considerado custo de aquisição, para efeito de apuração de ganho ou perda de capital na alienação do direito que lhe deu causa ou na sua transferência para sócio ou acionista, na hipótese de devolução de capital;

b) poderá ser deduzido como perda, no encerramento das atividades da empresa, se comprovada, nessa data, a inexistência do fundo de comércio ou do intangível que lhe deu causa.

§ 4º Na hipótese da alínea "b" do parágrafo anterior, a posterior utilização econômica do fundo de comércio ou intangível sujeitará a pessoa física ou jurídica usuária ao pagamento dos tributos e contribuições que deixaram de ser pagos,

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

III - fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

§ 3º - O lançamento com os fundamentos de que tratam os incisos I e II do parágrafo anterior deverá ser baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração.

acrescidos de juros de mora e multa, calculados de conformidade com a legislação vigente.

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

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

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

Percebe-se, assim, que houve por bem o Legislador:

(i) alterar a redação (*caput* do artigo 7º) quanto à pessoa jurídica que pode se valer da norma: o texto originário dispunha que o direito à dedução seria da empresa que possuía na outra ações ou quotas extintas por incorporação, fusão ou cisão, ao passo que a nova redação permitiu o aproveitamento fiscal do ágio pela empresa que detenha participação societária adquirida com ágio.

(ii) estabelecer a dedução fiscal como perda de capital apenas à baixa do ágio com fundamento na rentabilidade futura da investida, podendo esta perda ser aferida agora com base no valor contábil do acervo (e não mais necessariamente por valor a mercado⁴³), mas com diferimento mínimo à razão de 1/60 para cada mês do período de apuração;

(iii) estender a dedução fiscal do ágio também aos investimentos não sujeitos ao MEP; e

(iv) autorizar expressamente a aplicação deste regime tributário não só na incorporação direta, mas também na incorporação reversa.

O artigo 7º da Lei nº 9.532/1997, portanto, reconheceu o direito da empresa que detém investimento adquirido com ágio fundamentado na expectativa de rentabilidade futura, após fusão, cisão ou incorporação com a empresa investida, deduzir como perda de capital à baixa do ágio por extinção do investimento.

Na prática, sob a vigência das regras legais veiculadas pelos artigos 7º e 8º da Lei 9.532/1997, nem é preciso dizer que a dedução fiscal da perda de capital, que passou a poder ser calculada a valor contábil, seja pelas pessoas jurídicas que detinham o investimento adquirido com ágio demonstrado pela rentabilidade futura da investida, seja pela investida quando da incorporação reversa expressamente autorizada pela lei, deu tremendo *fôlego* ao mercado de

⁴³ No regime anterior, conforme visto, a perda de capital apurada nos eventos societários implementados a valor contábil não era dedutível. A legislação até então vigente condicionava a dedução a apuração do acervo líquido a mercado.

aquisições de empresas estatais com a consequente operações de fusões, cisões e incorporações de sociedades.

Obviamente que o aproveitamento de 34% do ágio (IRPJ – 25% + CSLL – 9%), que notoriamente influenciava o próprio preço do negócio, constituiu um meio eficaz para atrair propostas mais rentáveis, inclusive por investidores estrangeiros, atendendo o propósito da própria lei tributária em questão.

Como pontua Valter Lobato⁴⁴:

É preciso destacar que a autorização legal de amortização fiscal do ágio surgiu no contexto do Plano Nacional de Desestatização (PND), levado a efeito pelo Governo Federal à época. Tinha-se o objetivo claro de atrair investimentos, primordialmente externos, que deveriam recair sobre empresas estatais brasileiras, como foi o caso das empresas de telefonia. Contudo, é preciso apontar que a lei não ficou restrita a investimentos em estatais, ou seja, àqueles que seriam realizados no âmbito do PND, mas sim toda e qualquer aquisição, nos termos da referida lei.

Desde então, ou seja, após a edição da Lei 9.532/97, a figura do "ágio" fundamentado na rentabilidade futura foi sendo amplamente utilizada também no contexto de aquisições entre particulares, partes independentes ou não, em operações com variadas estruturas, o que acabou colocando o assunto ágio como um dos principais alvos de autuações fiscais.

De fato, a crescente utilização da dedução de ágio chamou a atenção das autoridades fiscais, que reagiram com um verdadeiro “caça às bruxas” às deduções de ágios, passando a autuar os contribuintes muitas vezes no modo “piloto automático”, mas sem perceber que, em grande parte dos casos, acabaram confundindo operações feitas ao abrigo da lei com operações simuladas ou fraudulentas, estas sim repudiáveis.

Muitas vezes, aliás, a negação ao direito de amortizar o ágio nos termos dos artigos 7º e 8º da Lei n. Lei 9.532/97 parte de argumentos exclusivamente contábeis, não raramente até com menção específica a dispositivos previstos em normativos de órgãos regulatórios ou contábeis, como CVM e o CPC, mas que, a todo rigor, não devem prevalecer quando conflitantes com a legislação fiscal.

É certo que, dentro do contexto da convergência e uniformização das regras contábeis brasileiras com as normas e princípios contábeis internacionais, o ágio por expectativa de rentabilidade futura (*goodwill*), que passou inclusive a ser residual, não mais está sujeito à amortização contábil, sujeitando-se ao teste de recuperabilidade (*impairment*) pelo menos uma vez ao ano, na linha do que determina o Pronunciamento Contábil nº 1 do CPC (“Redução ao Valor Recuperável de Ativos”).

⁴⁴ O Novo Regime Jurídico do Ágio na Lei 12.973/2014. In: O ágio no direito tributário e societário: questões atuais. São Paulo: Quartier Latin. 2015. P. 101.

Ocorre que esse regramento contábil acabou sendo regulamentado pela legislação tributária apenas com o advento da MP 627/2013, convertida na Lei n. 12.973/2014, lei esta que alterou a regra fiscal prevista no artigo 20 do Decreto-Lei 1.598/77 em alguns pontos, mas que, por ser posterior aos fatos geradores ora analisados, não será objeto de nossa análise.

Pois bem.

De acordo com a fiscalização, a glosa do ágio ora tratado foi levada a cabo por dois fundamentos centrais: **(i)** em razão da utilização de uma *empresa-veículo* (AYMSPE); e **(ii)** pela ausência de *confusão patrimonial* entre o *real adquirente*, considerado a sociedade estrangeira Holmes Products (Far East) Limited, sediada nas Bahamas e integrante do Grupo norte-americano Jarden Consumer Solutions (JCS) e a empresa investida (Cadense), “confusão patrimonial” esta aferida com base na análise do fluxo financeiro dos recursos empregados na aquisição do investimento em tela e tida como pressuposto legal para a amortização fiscal do ágio.

Do uso de empresa veículo

Acerca da *desqualificação* da dita *empresa veículo*, venho me posicionando no sentido de que a eficácia ou ineficácia de atos ou negócios jurídicos praticados em conformidades com as formas permitidas pelo Direito, mas com a finalidade de gerar economia fiscal, deve sempre ser aferida com base em critérios previstos exclusivamente na lei, notadamente em torno da interpretação de uma *norma geral antielisiva*, quando existente, ou da ocorrência ou não de **simulação na interposição de pessoas**, e não por motivos pessoais, ideologias, preconceitos, crenças ou importação de teorias alienígenas.

Os limites daquilo que se denomina de “planejamento tributário” – cujo propósito muitas vezes se confunde com a própria **tentativa legítima** de buscar economia de tributos - estão restritos, além dos casos que envolverem infração direta a uma lei ou condutas ilícitas ou fraudulentas, às hipóteses de *simulação*.

Tanto é assim que o artigo 149, VII, combinado com o art. 142, ambos do CTN e abaixo transcritos, permitem a revisão do lançamento em casos que envolvem simulação, permitindo ao fisco *requalificar juridicamente os fatos*. Confira-se:

Art. 149. O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos:

(...)

VII - quando se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou **simulação**;

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

Além, então, da *fraude*, onde o dolo e a falsidade integram seu próprio conceito, o fisco, no exercício de sua atividade vinculada de busca pela verdade material, tem poderes para se opor aos *efeitos* de atos ou negócios jurídicos simulados. É a substância, pois, que deve prevalecer sobre a forma, e não o inverso.

A redação atual do referido **artigo 116 do CTN**⁴⁵, aliás, tal como foi positivada após sua alteração pela LC 104/2001, a nosso ver **(i)** reforçou a *simulação* (mais precisamente o seu viés, a *dissimulação*) como circunstância ensejadora da requalificação jurídica dos fatos; e **(ii)** permitiu que lei ordinária crie novos critérios jurídicos para desconsiderar atos ou negócios jurídicos específicos, de modo a instituir *normas antielisivas* propriamente ditas.

Isso ficou claro na seguinte passagem do voto condutor da Ministra Cármen Lucia, quando do julgamento da **ADI 2.446** que, ao declarar a constitucionalidade do parágrafo único em questão, assim pontuou:

... a desconsideração autorizada pelo dispositivo está limitada aos atos ou negócios jurídicos praticados com intenção de dissimulação ou ocultação desse fato gerador.

O parágrafo único do art. 116 do Código não autoriza, ao contrário do que argumenta a autora, “*a tributação com base na intenção do que poderia estar sendo supostamente encoberto por um forma jurídica, totalmente legal, mas que estaria ensejando pagamento de imposto menor, tributando mesmo que não haja lei para caracterizar tal fato gerador*” (fl. 3, e-doc. 2, grifos nossos).

Autoridade fiscal estará autorizada apenas a aplicar base de cálculo e alíquota a uma hipótese de incidência estabelecida em lei e que tenha se realizado.

Tem-se, pois, que a norma impugnada visa conferir máxima efetividade não apenas ao princípio da legalidade tributária mas também ao princípio da lealdade tributária.

Não se comprova também, como pretende a autora, retirar incentivo ou estabelecer proibição ao planejamento tributário das pessoas físicas ou jurídicas. A norma não proíbe o contribuinte de buscar, pelas vias legítimas e comportamentos coerentes com a ordem jurídica, economia fiscal, realizando suas atividades de forma menos onerosa, e, assim, deixando de pagar tributos

⁴⁵ Art. 116. Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos:

I - tratando-se de situação de fato, desde o momento em que o se verifiquem as circunstâncias materiais necessárias a que produza os efeitos que normalmente lhe são próprios;

II - tratando-se de situação jurídica, desde o momento em que esteja definitivamente constituída, nos termos de direito aplicável.

Parágrafo único. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária. (Incluído pela Lcp nº 104, de 2001)

quando não configurado fato gerador cuja ocorrência tenha sido lícitamente evitada.

(...)

8. A norma do parágrafo único do art. 116 não dispõe, ao contrário do pretendido pela autora, de espaço autorizado de interpretação econômica. Ali não se trata da interpretação da lei, o que se dá no Capítulo IV do Código Tributário Nacional intitulado “Interpretação e Integração da Legislação Tributária”.

Tem-se no artigo 110:

“A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.”

Esse dispositivo não foi alterado pela Lei Complementar n. 104/2001.

9. De se anotar que elisão fiscal difere da evasão fiscal. Enquanto na primeira há diminuição lícita dos valores tributários devidos pois o contribuinte evita relação jurídica que faria nascer obrigação tributária, na segunda, o contribuinte atua de forma a ocultar fato gerador materializado para omitir-se ao pagamento da obrigação tributária devida. Grifamos.

(...)

Não se pode perder de vista, aqui, que o Governo buscou “incorporar” a *teoria do propósito negocial* e do *abuso de forma* no Direito Tributário Brasileiro por intermédio do artigo 14 da Medida Provisória nº 66/2002⁴⁶, **mas este dispositivo foi rejeitado pelo Congresso Nacional quando da conversão da referida MP na Lei nº 10.637/2002, o que significa dizer que tais figuras definitivamente são estranhas ao nosso sistema jurídico tributário.**

Isso significa dizer que, inexistindo norma específica limitadora, apenas na hipótese de estruturas que envolvam ato ou negócio simulado é que estaremos diante de caso de planejamento inoponível ao fisco, que tem o poder-dever de, nestas situações, recapitular os fatos em prol da verdade material e atingimento da efetiva capacidade contributiva.

⁴⁶ Art. 14 - São passíveis de desconsideração os atos ou negócios jurídicos que visem a reduzir o valor de tributo, a evitar ou a postergar o seu pagamento ou a ocultar os verdadeiros aspectos do fato gerador ou a real natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária.

§ 1º- Para a desconsideração de ato ou negócio jurídico dever-se-á levar em conta, entre outras, a ocorrência de:

I - falta de propósito negocial; ou

II - abuso de forma.

§ 2º - Considera-se indicativo de falta de propósito negocial a opção pela forma mais complexa ou mais onerosa, para os envolvidos, entre duas ou mais formas para a prática de determinado ato.

§ 3º- Para o efeito do disposto no inciso II do § 1º, considera-se abuso de forma jurídica a prática de ato ou negócio jurídico indireto que produza o mesmo resultado econômico do ato ou negócio jurídico dissimulado.

Em outras palavras, afastada a ocorrência de simulação (além da fraude), e não havendo violação de norma antielisiva própria, estaremos diante de hipótese de elisão fiscal, ou seja, de planejamento fiscal legítimo e assegurado ante os princípios da livre iniciativa e legalidade.

Nos dizeres de Paulo Ayres Barreto⁴⁷, *provadas a simulação ou a dissimulação, perdem relevo a ausência de propósito negocial e a alegação de abuso. Contudo, se não restarem comprovadas, as ações do contribuinte deverão ser plenamente respaldadas pelo ordenamento jurídico nacional.*

Nesse contexto, e considerando que não existe nenhuma lei *antielisiva* (inclusive após a Lei nº 12.973/2014) que proíba o uso de empresas *holding* tanto para adquirir ou deter investimentos com ágio quanto para serem extintas pelas investidas de modo a “antecipar” os seus efeitos fiscais, a questão ora em controvérsia passa a girar exclusivamente em torno da existência ou não de *simulação* por ocasião do uso da Holding AYMSPE para adquirir o investimento e em seguida ser incorporada pela investida CADENSE, passando esta a deduzir fiscalmente o ágio pago na operação entre partes não relacionadas.

A dificuldade, aqui, repousa na vagueza do conceito de *simulação*.

Como evidenciou Sérgio André Rocha⁴⁸:

..., cada um tem uma simulação “para chamar de sua”, que só fica clara diante de casos concretos. O que um autor chama de simulação, para outro é abuso de formas jurídicas, ou fraude à lei. Somente a situação concreta é capaz de revelar se os autores concordam ou divergem e em que concordam ou divergem.

Nesse sentido, não é à toa que Marco Aurélio Greco⁴⁹ chegou a afirmar “*que hoje, em matéria de planejamento tributário, “simulação” é um conceito à procura de um significado*”.

A simulação pode comparar-se a um fantasma, a dissimulação a uma máscara. É este o ponto de partida adotado na clássica obra de Francisco Ferrara⁵⁰, civilista italiano que muito influenciou e ainda influencia a doutrina brasileira. Adepto da teoria voluntarista, leciona que o negócio simulado implica a ocorrência de uma aparência diferente da realidade. Assim, a característica marcante do negócio simulado seria a divergência intencional entre a vontade e a declaração, visando iludir terceiros.

A crítica que se costuma fazer dessa teoria diz respeito à ausência da aludida divergência. Precisamente porque os simuladores declaram espontaneamente o que querem, não seria pertinente falar na existência de conflito entre a vontade e a declaração. É certo que não

⁴⁷ Planejamento tributário: perspectivas teóricas e práticas. Revista de Direito Tributário n. 105. São Paulo: Malheiros, 2010. P. 60.

⁴⁸ Planejamento tributário na obra de Marco Aurélio Greco. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2019. P. 50.

⁴⁹ Planejamento tributário. São Paulo: Dialética. 2011. P. 395.

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

querem os efeitos, mas querem a forma do negócio; a aparência desse negócio é indispensável por razões que as levam a simular⁵¹.

Esse questionamento deu origem à teoria declarativista – que possuiu menor influência que a teoria voluntarista – e que, também conferindo um aspecto subjetivo à simulação, passa a sustentar que a vontade interna não possuiria significado enquanto não seja declarada, de modo que a simulação deveria ser vista como um conflito entre declarações. Assim, as partes emitiriam uma *declaração* dirigida ao público e uma *contradeclaração* para conhecimento restrito delas (um “contrato de gaveta”, por exemplo), de modo que o efeito do negócio seria neutralizado. O negócio simulado, por este viés, não seria um negócio inexistente, mas sim uma espécie de negócio sem resultado jurídico.

O principal argumento oposto à teoria declarativista consiste no fato de que o negócio simulado não seria neutralizado por um ato posterior, já que desde sua origem corresponderia a um ato doloso e aparente. Nesses termos a *contradeclaração* não teria como revelar caráter modificativo, mas meramente declaratório, além do que a prerrogativa da nulidade advém do ordenamento jurídico, e não da autonomia da vontade⁵².

Passou-se a simulação, então, não mais ser contemplada exclusivamente sob essa perspectiva subjetiva, tendo sido *desenvolvida* a dita teoria objetivista (ou teoria causalista).

Francesco Carnelutti⁵³ foi um dos que inaugurou a vertente teórica objetivista no campo de estudo da simulação, a qual para o autor é um incidente relacionado à *inadequação da causa* do ato praticado com os seus respectivos *efeitos jurídicos*, levando em conta que todo ato ou negócio jurídico tem uma *causa jurídica* – ou “função típica”, que correspondente aos efeitos jurídicos que o Direito espera do negócio celebrado. A *causa*, contudo, equivale às *conseqüências jurídicas* inerentes a cada *tipo* negocial.

Orlando Gomes⁵⁴ esclarece ainda que *não é a causa antecedente, mas causa final, isto é, o fim que atua sobre a vontade para lhe determinar a atuação no sentido de celebrar certo contrato*.

Segundo Emílio Betti⁵⁵, também expoente da tese objetivista, e que não raramente costuma ser citado pela doutrina brasileira, a simulação é o resultado de um conflito insanável entre o escopo típico e a sua causa. Verificado, assim, um desvio da função instrumental do contrato, caracterizada a simulação, objetivamente considerada.

E para Heleno Tavares Torres⁵⁶:

⁵¹ Cf. Custódio da Piedade Ubaldino Miranda. A simulação no direito civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1980, P. 37.

⁵² Cf. Fábio Piovesan Bozza. Planejamento tributário e autonomia privada. São Paulo: Quartier Latin. P. 158

⁵³ Sistema del Diritto Processuale Civile, vol II. Pádua: CEDAM. 1938.

⁵⁴ Contratos. Rio de Janeiro: Forense. 1987. P. 57.

⁵⁵ Teoria Geral do Negócio Jurídico. Campinas: Servanda. 2008. P. 562 e 578.

⁵⁶ Direito tributário e direito privado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2003. P. 141/142.

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

A propósito, o ex. Ministro Moreira Alves preleciona que a causa diz respeito à "função prática" do ato ou negócio jurídico, não podendo ser confundida com o motivo que leva à formação dos negócios jurídicos. Em suas palavras⁵⁷:

Para uma compreensão mais clara dos problemas que se apresentam, é preciso, preliminarmente, fazer uma distinção fundamental para o entendimento desses meios jurídicos quem diretamente visam à obtenção de um fim, mas que indiretamente permitem que as partes que deles se utilizam alcancem um fim diverso com efeitos mais ou menos amplos. Para isso é preciso desde logo fazer a distinção, que é fundamental, entre a causa do negócio jurídico e o motivo dele. A causa do negócio jurídico nada mais é do que a finalidade econômico-prática a que visa à lei quando cria um determinado negócio jurídico. Assim, por exemplo, na compra e venda, a causa do negócio jurídico é a troca da coisa pelo dinheiro (preço); no contrato de locação, é a troca do uso da coisa pelo dinheiro (aluguel). Essa causa, nada mais é, em última análise, do que uma causa objetiva que traduz o esquema que a lei adota para cada figura típica, como é a compra e venda, como é a locação. Já o motivo, não. O motivo é de ordem subjetiva das partes que se utilizam de determinado negócio jurídico. Por exemplo, uma pessoa pode utilizar-se do contrato de compra e venda para adquirir alguma coisa com – e é o motivo – a finalidade subjetiva de desfazer-se dessa coisa. Enfim, o motivo, as finalidades subjetivas, que não se confundem com aquela coisa objetiva e que diz respeito ao esquema do próprio negócio jurídico...

Há, ainda, manifestações doutrinárias que pretendem dar autonomia (tipicidade) ao próprio negócio simulado. É o caso da interessante obra de Luiz Carlos de Andrade Júnior⁵⁸. Após criticar a ideia tradicional de que a simulação consiste em um defeito no negócio jurídico, o autor busca demonstrar, no negócio simulado, uma manifestação de autonomia privada típica pela qual

⁵⁷ ALVES, José Carlos Moreira. "As Figuras Correlatas da Elisão Fiscal". Revista Fórum de Direito Tributário n. 1. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 11. Idem na palestra inaugural do XVIII Simpósio Nacional de Direito Tributário do Centro de Extensão Universitária. "Pesquisas Tributárias - Nova Série - 10". São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 13.

⁵⁸ A simulação no Direito Civil. São Paulo: Malheiros. 2016. P. 19.

as partes conjugam esforços para, através do engano, perseguirem um determinado resultado, e que é nula porque a lei assim estipula⁵⁹.

Pois bem. Do ponto de vista do direito positivo, o Código Civil de 2002 inseriu a *simulação* no capítulo “*Da Invalidade do Negócio Jurídico*”, passando esta a ser causa de nulidade nos termos do artigo 167, *in verbis*:

Artigo 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.

Ao comentar esse dispositivo, Tercio Sampaio Ferraz Jr assim se manifestou⁶⁰:

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

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

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

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

Tal como positivado e integrado com os demais dispositivos legais⁶¹, notadamente aqueles que impõem o dever do Estado de verificar a efetiva ocorrência do fato gerador e

⁵⁹ Ao definir o conceito de simulação, leciona o referido autor que a “simulação é um programa de autonomia privada pelo qual as partes articulam ações e omissões com o objetivo de criar a ilusão negocial, assim entendido o erro coletivo, objetivamente aferível, relativo à interpretação e/ou à qualificação do negócio jurídico”.

⁶⁰ Simulação e negócio jurídico indireto no direito tributário à Luz do novo código civil. Revista Fórum de Direito Tributário, v. 48. Belo Horizonte: Fórum, P. 10.

identificar a correta matéria tributável, realmente o instituto da simulação no Brasil, enquanto limite aos planejamentos fiscais não permitidos ou proibidos taxativamente pela lei, incorporou as duas referidas teorias (*voluntarista e causalista*), permitindo que o fisco negue eficácia aos atos e negócios jurídicos simulados, devendo, quando presente a figura da simulação, requalificar juridicamente os fatos declarados com o ônus de demonstrar, ainda que sob outro rótulo ou motivação, a existência de uma *mentira consciente* ou de uma *desconformidade do ato/negócio formalizado com sua respectiva finalidade ou causa jurídica*.

Embora o artigo 167 acima transcrito não tenha veiculado uma definição expressa do que seja *simulação*, chama atenção que o Legislador, após fazer referência à nulidade do *negócio jurídico simulado*, enunciou três diferentes *categorias* (de simulação) no seu parágrafo primeiro. Valendo-se da exposição de Luiz Carlos de Andrade Júnior⁶²:

Suas notas características não são apresentadas sob a forma de uma proposição descritiva, mas mediante uma formulação exemplificativa de subtipos, a saber:

(i) *a simulação subjetiva* (negócio subjetivamente simulado - §1º, I);

(ii) *a simulação objetiva* (negócio objetivamente simulado - §1º, II); e

(iii) *a simulação de data* (negócio simulado quanto à data - §1º, III).

Para esse caso concreto, no qual negou-se os efeitos da utilização de uma *empresa veículo* enquanto *real adquirente*, não se pode perder de vista que o art. 167, §1º, I, ao tratar da *simulação subjetiva*, prescreveu que haverá simulação nos negócios jurídicos que *aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem*, repudiou a *interposição fictícia*.

Ao contrário da *interposição real*, onde o interposto atua em nome próprio, tornando-se titular dos direitos e obrigações derivados do negócio que intervém, ainda que em interesse de *outrem*, na *interposição fictícia* o interposto figura na aparência, como uma espécie de “laranja”, limitando-se à aposição do seu nome no documento que formaliza o ato ou o negócio celebrado.

Não é o que ocorre nesse caso.

⁶¹ Nesse sentido são as expressões “fim econômico ou social”, constante do artigo 187, “função social do contrato”, reportada no artigo 421 e, ainda, no signo “substância” que se valeu o artigo 173, todos do Código Civil:

“Art. 173. O ato de confirmação deve conter a substância do negócio celebrado e a vontade expressa de mantê-lo”.

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

“Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato, observado o disposto na Declaração de Direitos de Liberdade Econômica”.

⁶² A simulação no Direito Civil. São Paulo: Malheiros. 2016. P. 112.

Não bastasse a generalidade da acusação fiscal, que se baseou se apenas em uma premissa teórica sem amparo legal - de que o uso de *empresa veículo* para que grupos estrangeiros adquiram investimentos no Brasil eliminaria *per se* o direito de deduzir o ágio por ela pago, deixou de observar a autoridade autuante que a AYPSE é uma *holding*, ou seja, uma sociedade que teve por objeto social justamente a participação em outras empresas, **em plena conformidade com o comando previsto no art. 2º, § 3º, da Lei nº 6.404/76**, que assim dispõe:

Art. 2º Pode ser objeto da companhia qualquer empresa de fim lucrativo, não contrário à lei, à ordem pública e aos bons costumes.

[...]

§ 3º **A companhia pode ter por objeto participar de outras sociedades; ainda que não prevista no estatuto, a participação é facultada como meio de realizar o objeto social, ou para beneficiar-se de incentivos fiscais.** *Grifamos*

Sobre esse tipo de sociedade, Modesto Carvalhosa⁶³ esclarece que “*tem assim a sociedade holding como característica diferencial e objetivo principal a participação relevante em uma atividade econômica de terceiros, em vez de exercício de atividade produtiva ou comercial*”.

A ideia, então, de que toda sociedade deveria necessariamente possuir estrutura física, portaria, prédio, funcionários, máquinas, etc., não se aplica para uma *holding*, afinal sua *causa jurídica* ou *finalidade social* consistem justamente na participação em outras sociedades enquanto objeto social típico.

Ao contrário de uma empresa industrial, comercial ou uma prestadora de serviços que, como regra geral, demandam um mínimo de “tempo de vida”, estrutura física e de pessoal para de fato operarem, a prova da existência e objeto de uma *holding* se dá justamente com seu ato constitutivo, inscrição perante o fisco e declarações dos sócios. O Direito assim tutela.

Alinhado ao que leciona Charles William McNaughton⁶⁴:

(...) por causa finalística de uma sociedade, podemos entender como sua própria função social.

Uma sociedade possui um objeto social que é justamente a atividade econômica efetivada para gerar resultados aos sócios. Nesse sentido, todo ato que uma sociedade pratica para contribuir na formação desse resultado há de ser tido como englobado na função social da sociedade.

O que se opera no caso da empresa-veículo utilizada para aproveitamento do ágio? O investidor paga um sobrepreço para adquirir um ativo (uma sociedade) com a expectativa de ter um resultado (lucro) no futuro. A obtenção desse resultado é justamente o tipo de ato que se enquadra na função social daquela pessoa jurídica.

⁶³ CARVALHOSA, Modesto. Comentários à Lei de Sociedades Anônimas, V. 4. Tomo II. São Paulo: Saraiva, 1998. P. 15.

⁶⁴ IR e planejamento fiscal: a questão das empresas-veículo. In: Novo RIR. Coordenação: Jimir Doniak Jr. São Paulo: Quartier Latin. 2019. P. 97/98.

O aproveitamento fiscal do ágio nada mais é do que o reconhecimento do ordenamento jurídico de que a renda auferida pelo investidor será o resultado futuro menos o valor pago por esse resultado.

(...)

A empresa veículo *holding* que participa de outra pessoa jurídica cumprindo seu objeto social, portanto, e incrementa, assim, o resultado dos sócios está sim cumprindo sua função social. A função social do contrato, previsto no artigo 421 do Código Civil, está sendo atingida.

Quanto à duração de uma sociedade, convém notar que esta varia conforme o interesse das partes, lembrando que, de acordo com o parágrafo único do artigo 981 do Código Civil - que trata da Sociedade de Propósito Específico – SPE -, a atividade pode restringir-se à realização de um ou mais negócios determinados.

O artigo 997, também do Código Civil, ainda estabelece, em seu inciso II, que os atos constitutivos de uma sociedade devem conter, além das cláusulas estipuladas pelas partes, “a denominação, **objeto**, sede e **prazo**”, o que ratifica a liberdade quanto à duração e finalidade de uma *holding*.

De acordo com Edmar Oliveira Andrade Filho⁶⁵:

No Brasil, o problema do prazo de duração passou a ser secundário após o advento do parágrafo único do art. 981 do CC, segundo o qual 'a atividade pode restringir-se à realização de um ou mais negócios determinados'. Portanto, a permanência ou duração de uma sociedade não é um requisito de validade para a constituição e utilização de uma pessoa jurídica, pois o próprio ordenamento jurídico já se encarregou de realizar as valorações pertinentes ao tempo de duração de uma sociedade.

Ora, é perfeitamente válido e eficaz, sob o prisma jurídico, a existência de sociedades efêmeras e outras de longa duração, com capital social ínfimo ou substancial, umas com operações mercantis, outras produtivas ou prestadoras de serviços e outras ainda como mero *canais de investimento*, o que vai depender dos fins sociais e econômicos estabelecidos pelos sócios e administradores dentro de sua liberdade de empreender e de buscar maximizar os resultados nos limites da lei.

Se a própria legislação tipifica uma “holding pura com fins específicos” como uma espécie societária própria do Direito, conferindo-lhe autonomia e legitimidade para praticar uma única operação, inclusive para fins de economia tributária, não vejo como não admitir, à luz dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, o uso de empresas veículos em estruturas de aquisições de investimentos com ágio.

Ademais, cabe pontuar que é plenamente lícito o *financiamento* estrangeiro no Brasil por controladoras sediadas no exterior – que nesse caso inclusive já contava com outras (4) quatro empresas operacionais -, o que pode se fazer justamente com empresas *holdings*, espécie

⁶⁵ ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. Planejamento Tributário. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 300/304.

de sociedade que é usualmente utilizada como meio próprio e legítimo de grupos internacionais investirem e se estabelecerem no país.

Na linha do que constatou Guilherme Neves⁶⁶:

A doutrina especializada em fusões e aquisições, a partir do pressuposto de que a legislação oferece esta possibilidade, constatou que a utilização de *holdings* para implementar a alienação indireta de controle é modelo amplamente utilizado no país.

Há diversas razões gerenciais e negociais para que sociedades *holdings* sejam utilizadas como meios de viabilizar a materialização de combinações de negócios complexas, as quais variarão em função das peculiaridades de cada caso concreto.

Digna de nota também é o Acórdão nº **1402-002.373**, cuja ementa ora transcrevo:

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

O simples emprego de companhias *holdings* em estrutura de aquisição de investimento, ainda que com a finalidade de viabilizar e promover a compra de participações societárias, denominadas empresas veículo, não basta para justificar a glosa do ágio verificado em tais operações.

A alocação de recursos e investimentos em empresa controlada não operacional, principalmente quando procedida por grupos estrangeiros que almejam participar do mercado brasileiro, é manobra não só lícita, como também justificável e costumeira, dentro da dinâmica de um mercado globalizado.

Deve ser verificada, de forma concreta e objetiva, a presença dos requisitos econômicos, financeiros e contábeis da formação do ágio, à luz das previsões dos artigos 385 e 386 do RIR/99, para o seu devido aproveitamento como despesa dedutível, independentemente das formas e modelos negociais adotados, desde que lícitos.

A reorganização empresarial, procedida nos termos dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, mesmo envolvendo incorporação de empresas veículo e a chamada incorporação reversa, desde que não tenha como resultado o aparecimento de novo ágio, não constitui economia de tributos por meio ilícito ou abuso.

A desconsideração de atos e negócios jurídicos do contribuinte é medida extrema e excepcional. Cabe ao Fisco a demonstração específica, devidamente comprovada, de que determinada vantagem fiscal foi obtida através da prática de atos ilícitos ou simulados, dentro dos moldes dos institutos de Direito Civil e de Direito Comercial brasileiros.

⁶⁶ O ágio e a não discriminação do capital estrangeiro. São Paulo: Dialética. 2021. P. 45.

Acusações de simulação e fraude não podem se valer apenas da rotulação das formas jurídicas adotadas pelo contribuinte como manifestamente defeituosas ou viciadas, independentemente de seu efetivo conteúdo e dos efeitos realmente verificados.

Caminhando nesse mesmo sentido, entendo que não há nenhum *vício* ou *aparência* sobre a existência, causa e finalidade da *empresa veículo* AYPMPSE. E qual foi a sua finalidade? Ora, foi a de ser constituída (como de direito foi) para adquirir o investimento com ágio, pago a parte não relacionada, de forma também a reunir as condições necessárias para o seu aproveitamento fiscal pós *incorporação reversa*.

Antes de uma *extensão de caixa*, a AYPMPSE foi devidamente constituída, recebeu os aportes em subscrição de capital social, figurou como adquirente na compra da CADENSE, pagou o respectivo preço, calculou o ágio nos termos da lei e foi incorporada às avessas como autorizado pelo legislador, reunindo, assim, as condições para aproveitamento fiscal do sobrepreço.

E nem se diga, com a devida vênia a I. Relatora, que a *rastreabilidade da origem* dos recursos contaminaria esse direito.

Não obstante a deficiência da própria terminologia *real adquirente*⁶⁷, tal tese definitivamente não se sustenta em face do princípio da legalidade, afinal, repita-se, o referido artigo 7º autorizava a dedução do ágio fundado na rentabilidade futura pela “*pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio*” (cf. caput do artigo 7º da Lei 9.532/1997), o que significa dizer que o destinatário da norma de dedução do ágio é aquele que detém o investimento adquirido com ágio (ou a adquirida quando da incorporação reversa), linguagem esta (verbo *deter*) que revela justamente algo que pode ser passageiro, desvinculando-se cabalmente da fonte dos recursos empregados no negócio.

Se a intenção do Legislador fosse a de limitar a dedução ao *supridor* dos recursos utilizados na aquisição do investimento, deveria a lei assim restringir, o que não foi feito, inclusive de forma intencional ante a previsão expressa da possibilidade de incorporação reversa (cf. artigo 8º).

⁶⁷ Nesse sentido, convém ressaltar a observação feita por Rosanova Galhardo e Pedro A. do A. Abujamra Asséis: “(...) não se pode perder de vista que, para se falar em “real”, é necessário que haja o “irreal”, o “falso”, o “ilegítimo”. Ou seja, “real adquirente”, para fins jurídicos, é uma expressão que apresenta um campo de aplicação muito restrito, limitado ao âmbito da anormalidade, dos vícios dos negócios jurídicos e da nulidade civil. Acaba justamente sendo, por outras palavras, o caso de simulação precisamente qualificado pelo Código Civil, em seu art. 167, § 1º, I – negócios que “aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem”.

A utilização desse tipo de restrição ou a imposição como um “teste” de forma ampla, geral e irrestrita, especialmente para casos muitas vezes anteriores à própria regulamentação contábil, e que não digam respeito a simulação, fraude ou abuso, portanto, já seriam equivocadas, independentemente de quaisquer outras análises.”. (Realidade do “real adquirente”. In: Controvérsias jurídico-contábeis. São Paulo: Atlas. 2020. Organizadores: Alexandre Evaristo Pinto ... P. 225).

A utilização da expressão “na qual **detenha** participação societária adquirida” pela lei, somada à autorização legal para que a investida incorpore a detentora da participação societária com ágio, definitivamente conferiu ao contribuinte o direito de aproveitamento fiscal do ágio na operação ora analisa.

Isso não passou despercebido no Acórdão nº **1302-002.011**, que afastou a procedência dessa *tese fazendária* em caso comparável ao presente, destacando-se o seguinte excerto do voto do ex. Conselheiro Alberto Pinto Souza Junior:

Pela narrativa do autuante, o que se depreende é que os investidores estrangeiros, ao invés de adquirirem diretamente as empresas brasileiras, resolveram aportar capital em subsidiárias brasileiras, para que estas adquirissem com ágio as empresas visadas e posteriormente, com as incorporações reversas, as adquiridas pudessem se valer da dedutibilidade da amortização do ágio. **Ora, qual o ilícito de tal conduta? Nenhum, pois são caminhos permitidos pela legislação tributária.**

Todavia, o autuante entende que o verdadeiro adquirente (quem pagou pelo ágio) das empresas adquiridas foi o controlador estrangeiro, desconsiderando assim a personalidade jurídica da Technical e da Itajaí Investimento, para então, concluir que não se aplicaria a norma do art. 7º da Lei 9.532/97 (aqui ele se confunde, pois a norma aplicável na espécie é o art. 8º que trata de incorporações reversas), porque não teria havido a reunião do patrimônio de quem pagou pelo ágio e o patrimônio da sociedade que presumivelmente vai gerar os lucros justificadores desse pagamento.

Com base em que norma legal, um Auditor-Fiscal desconsidera a personalidade jurídica de uma sociedade regularmente constituída? Certamente, não é com base no parágrafo único do art. 116 do CTN, pois esse além de inaplicável por falta de regulamentação, só admite a desconsideração de atos ou negócios jurídicos. Não me parece que se possa tomar personalidade jurídica como sinônimo de negócio jurídico, razão pela qual tal dispositivo não autoriza, por via oblíqua, a Autoridade Fiscal a desconsiderar contratos ou estatutos sociais de sociedades, ainda que regulamentado estivesse. O mais grave, porém, é que, talvez por falta de qualquer suporte legal, o autuante passa ao largo dessa questão.

Por essas razões, voto por dar provimento ao recurso voluntário também neste ponto.

Destaca-se, ainda, a recente decisão da 1ª Turma do STJ, proferida por unanimidade de votos no **Resp 2.026.473/SC**, que validou o uso de empresa veículo como meio de operacionalizar a aquisição de investimentos por empresas estrangeiras, sem prejuízo da dedução do ágio, conforme atesta a seguinte passagem do voto condutor do Min. Gurgel de Faria:

Sobre o emprego da "empresa-veículo", a sua rejeição apriorística contraria o disposto no art. 2º, § 3º, da Lei n. 6.404/1976 (o qual faculta a criação de holding

“como meio de realizar o objeto social, ou para beneficiar-se de incentivos fiscais”).

Não há proibição legal para que uma sociedade empresária seja criada como "veículo" para facilitar a realização de um negócio jurídico; inclusive há razões reais ("propósito comercial") para tanto, pois é possível que as pessoas jurídicas originais queiram manter sua segregação por diversas razões (estratégicas, econômicas, operacionais...).

A propósito, quando a investidora é empresa estrangeira, é ainda mais justificável a constituição de uma "empresa-veículo", por algumas razões práticas: confere mais segurança quanto à possibilidade de se valer da norma interna de dedução do ágio (o que não aconteceria se a incorporação fosse internacional); permite a negociação com base na moeda local; pode facilitar a realização de operações locais (por exemplo, dispensar garantias que seriam exigidas do investidor internacional) etc.

Assim, filio-me à orientação de que: *A Lei nº 9.532/1997 e a Lei nº 12.973/2014 apenas exigem a confusão patrimonial entre a pessoa jurídica que detém participação societária e a sociedade adquirida, não fazendo qualquer alusão, ainda que implícita, ao suposto "real adquirente", que segundo a tese do Fisco, teria fornecido os recursos financeiros ou ofertado garantia para aquisição do investimento.* (SANTOS, Ramon Tomazela. *Ágio na Lei 12.973/2014: aspectos tributários e contábeis*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022)”.

Adotar a interpretação de que o adquirente, no caso, seria o controlador em razão da *origem da origem* (e aqui a redundância é proposital), com a devida vênia, permitiria colocar o intérprete na indevida posição de Legislador, permitindo-lhe alterar a literalidade e conteúdo do texto legal, o que não tem cabimento.

Ademais, em se tratando de recursos provenientes do exterior, a *tese do real adquirente* também encontra-se óbice em face do princípio da isonomia e da regra legal de *não discriminação de capital estrangeiro* prevista no artigo 2º da Lei nº 4.131/62⁶⁸, *in verbis*:

Art. 2º - Ao capital estrangeiro que se investir no País, será dispensado tratamento jurídico idêntico ao concedido ao capital nacional em igualdade de condições, sendo vedadas quaisquer discriminações não previstas na presente lei

O que precisa ficar claro, pois, é que ainda que o *capital* usado na aquisição tenha passado da pessoa jurídica estrangeira para uma *holding* no Brasil, tal fato de maneira nenhuma poderia ensejar a alegada perda do direito não só à luz dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97⁶⁹, mas também em face da proibição de discriminação do capital estrangeiro.

⁶⁸ Sobre o tema, vide a obra já referida de NEVES, Guilherme. "O ágio e a não discriminação do capital estrangeiro". São Paulo: Dialética. 2021.

⁶⁹ A própria lógica da dedução do ágio não se altera com essa passagem, afinal, havendo absorção da empresa detentora do ágio ou da investida, não haveria mais como alienar o investimento e deduzir a respectiva perda de

O fluxo financeiro dentro do grupo adquirente, é certo, constitui circunstância irrelevante, não interferindo no direito de amortização fiscal. Até mesmo porque seguir o entendimento fiscal de condicionar o direito de deduzir o ágio à *origem da origem* (e aqui a redundância é proposital) dos recursos utilizados na compra inclusive conduziria ao absurdo cenário de que tudo na economia seria sempre da controladora, que até mesmo deixaria de existir na figura de uma sociedade, que não passa de uma *ficção jurídica*, considerando que no topo de qualquer estrutura societária estão os sócios pessoas físicas, que passariam a ser taxados de adquirentes de tudo.

Como diria Carlos Maximiliano⁷⁰:

... a interpretação deve ser objetiva, desapaixonada, equilibrada, às vezes audaciosa, porém não revolucionária, aguda, mas sempre atenta, respeitadora da lei.

(...)

Não pode o intérprete alimentar a pretensão de melhorar a lei com desobedecer às suas prescrições explícitas. Deve ter o intuito de cumprir a regra positiva (...)

Essas são as razões, contudo, que me levaram a divergir da I. Relatora para negar provimento ao recurso especial.

Da multa isolada

A discussão sobre a legitimidade ou não da cobrança cumulativa de multa isolada e multa de ofício não é recente, mas é tema que ainda possui celeuma.

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

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

Dizemos indubitavelmente porque há corrente doutrinária e jurisprudencial, na linha do que argumenta a Recorrente, que sustenta que, após a nova redação dada pela Lei nº 11.488/2007 (conversão da Medida Provisória nº 351, de 22 de janeiro de 2007) ao art. 44 da Lei nº 9.430/96, não haveria mais espaço para interpretação diversa daquela que conclui pela possibilidade jurídica da exigência de multa isolada sobre estimativas mensais não recolhidas, mesmo nos casos em que também houver sido formulada exigência de multa de ofício em razão da falta de pagamento do IRPJ e da CSLL apurados no final do mesmo ano de apuração.

capital. Daí a lei ter autorizado o aproveitamento das despesas incorridas com a amortização do ágio pela empresa sucessora.

⁷⁰ Hermenêutica e Aplicação do Direito. Rio de Janeiro: Forense. 20ª edição. P. 103 e 226.

Por essa linha de pensamento, o Legislador teria prescrito sanções autônomas e inconfundíveis, autorizando ao fisco, na hipótese do contribuinte deixar de recolher estimativas mensais de IRPJ e CSLL, inclusive aquelas apuradas de ofício e, paralelamente, não recolher integralmente estes mesmos tributos no final do período de apuração, aplicar as duas sanções concomitantemente (multa de ofício sobre o IRPJ/CSLL devidos e não recolhidos + multa isolada sobre as estimativas “em aberto”).

Vejam, então, o que dispõe o art. 44 da Lei nº 9.430/96, com a redação dada pela MP nº 351/2007 (convertida na Lei nº 11.488/2007):

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

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

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

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

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

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

Da leitura desses dispositivos, verifica-se que a *multa de ofício de 75%* prevista no inciso I é aplicável nos casos de falta de pagamento de imposto ou contribuição, de falta de declaração e nos de declaração inexata.

Já a *multa isolada de 50%*, prevista no inciso II, deve incidir sobre o valor das estimativas mensais não recolhidas, ainda que não tenha sido apurado imposto a pagar na declaração de ajuste, no caso de pessoa física e ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente, no caso de pessoa jurídica.

Nesse contexto, não se pode perder de vista que as estimativas são meras antecipações do tributo devido, não figurando, portanto, como tributos autônomos. A propósito, dispõe a Súmula CARF 82 que “*após o encerramento do ano-calendário, é incabível lançamento de ofício de IRPJ ou CSLL para exigir estimativas não recolhidas*”.

Também não nega-se que o não recolhimento das estimativas e o não recolhimento do tributo efetivamente devido são infrações distintas, como foi reconhecido pela própria lei nos incisos I e II acima transcritos. Todavia, e este é o ponto central para a discussão, quando ambas as obrigações não foram cumpridas pelo contribuinte, o princípio da absorção ou consunção impõe que a infração pelo inadimplemento do tributo devido prevaleça, afinal o dever de antecipar o pagamento por meio de estimativas configura etapa preparatória para o dever de recolher o tributo efetivamente devido, este sim o bem jurídico tutelado pela norma.

Adotando, então, uma interpretação histórica e sistemática dos referidos dispositivos legais e Súmulas, verifico que a alteração legislativa mencionada não possui qualquer efeito quanto à aplicação da Súmula CARF nº 105 para fatos geradores posteriores a 2007.

Isso porque a cobrança de multa de ofício de 75% sobre o tributo não pago supre a exigência da multa isolada de 50% sobre eventual estimativa (antecipação do tributo devido) não recolhida. Admitir o contrário permitiria punir o contribuinte em duplicidade, em clara afronta aos princípios da consunção, estrita legalidade e proporcionalidade.

Nesse sentido já se manifestou o E. Superior Tribunal de Justiça, destacando-se, por exemplo, a seguinte passagem do voto condutor proferido pelo Ministro Humberto Martins⁷¹, da 2ª Turma desse E. Tribunal:

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

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

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

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

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

⁷¹ Resp 1.496.354-PR. Dje 24/03/2015.

calendário, o recolhimento a menor dos tributos, e que dê azo, assim, à cobrança da multa de forma conjunta.

Esse posicionamento, diga-se, foi ratificado em outros julgados, conforme atesta, também de forma exemplificativa, a seguinte ementa:

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

[...]

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

Mais recentemente, os Ministros da 2ª Turma do STJ, por unanimidade de votos, reiteraram esse posicionamento, conforme atesta a ementa do julgamento proferido no **Resp 1.708.819/RS**, de 16/11/2023. Confira-se:

TRIBUTÁRIO. ADUANEIRO. MULTA ISOLADA. MULTA DE OFÍCIO. APLICAÇÃO CONCOMITANTE. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO.

1. A multa de ofício tem cabimento nas hipóteses de ausência de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos casos de declaração inexata, sendo exigida no patamar de 75% (art. 44, I, da Lei n. 9.430/96).

2. A multa isolada é exigida em decorrência de infração administrativa, no montante de 50% (art. 44, II, da Lei n. 9.430/96).

3. A multa isolada não pode ser exigida concomitantemente com a multa de ofício, sendo por esta absorvida, em atendimento ao princípio da consunção. Precedentes: AgInt no AREsp n. 1.603.525/RJ, relator Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe de 25/11/2020; AgRg no REsp 1.576.289/RS, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 27/5/2016; AgRg no REsp 1.499.389/PB, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 28/9/2015; REsp n. 1.496.354/PR, relator Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe de 24/3/2015.

4. Recurso especial provido.

A propósito, em Sessão de 1º de setembro de 2020, esta C. Turma, por determinação do art. 19-E da Lei n.º 10.522/2002, acrescido pelo art. 28 da Lei n.º 13.988/2020, em julgamento do qual o presente Relator participou, afastou a concomitância das multas de ofício e isolada para fatos geradores posteriores a 2007.

Do voto vencedor do Acórdão n.º 9101-005.080, do I. Conselheiro Caio Cesar Nader Quintella, e do qual acompanhei, extrai-se que:

(...)

Porém, também há muito, este Conselheiro firmou seu entendimento no sentido de que a alteração procedida por meio da Lei nº 11.488/2007 não modificou o teor jurídico das prescrições punitivas do art. 44 da Lei nº 9.430/96, apenas vindo para mudar a *geografia* das previsões incutidas em tal dispositivo e alterar algumas de suas características, como, por exemplo a percentagem da multa isolada e afastar a sua possibilidade de agravamento ou qualificação.

Assim, independentemente da evolução legislativa que revogou os incisos do § 1º do art. 44 da Lei nº 9.430/96 e *deslocou* o item que carrega a previsão da aplicação multa isolada, o apenamento cumulado do contribuinte, por meio de duas sanções diversas, pelo simples inadimplemento do IRPJ e da CSLL (que somadas, montam em 125% sobre o mesmo tributo devido), não foi afastado pelo Legislador de 2007, subsistindo incólume no sistema jurídico tributário federal.

E foi precisamente essa dinâmica de saturação punitiva, resultante da *coexistência* de ambas penalidades sobre a mesma exação tributária – uma supostamente justificada pela inocorrência de sua própria antecipação e a outra imposta após a verificação do efetivo inadimplemento, desse mesmo tributo devido –, que restou sistematicamente rechaçada e afastada nos julgamentos registrados nos v. Acórdãos que erigiram a Súmula CARF nº 105.

Comprovando tal afirmativa, confira-se a clara e didática redação da ementa do v. Acórdão nº 1803-01.263, proferido pela C. 3ª Turma Especial da 1ª Seção desse E. CARF, em sessão de julgamento de 10/04/2012, de relatoria da I. Conselheira Selene Ferreira de Moraes (o qual faz parte do rol dos precedentes que sustentam a Súmula CARF nº 105):

(...)

APLICAÇÃO CONCOMITANTE DE MULTA DE OFÍCIO E MULTA ISOLADA NA ESTIMATIVA.

Incabível a aplicação concomitante de multa isolada por falta de recolhimento de estimativas no curso do período de apuração e de ofício pela falta de pagamento de tributo apurado no balanço.

A infração relativa ao não recolhimento da estimativa mensal caracteriza etapa preparatória do ato de reduzir o imposto no final do ano. Pelo critério da consunção, a primeira conduta é meio de execução da segunda. O bem jurídico mais importante é sem dúvida a efetivação da arrecadação tributária, atendida pelo recolhimento do tributo apurado ao fim do ano-calendário, e o bem jurídico de relevância secundária é a antecipação do fluxo de caixa do governo, representada pelo dever de antecipar essa mesma arrecadação. (destacamos)

Como se observa, o efetivo cerne decisório foi a dupla penalização do contribuinte pelo mesmo ilícito tributário.

Ao passo que as estimativas representam um simples *adiantamento* de tributo que tem seu *fato gerador* ocorrido apenas uma vez, posteriormente, no término do período de apuração anual, a falta dessa *antecipação* mensal é elemento apenas concorrente para a efetiva infração de não recolhê-lo, ou recolhê-lo a

menor, após o vencimento da obrigação tributária, quando devidamente aperfeiçoada - conduta que já é objeto penalização com a multa de ofício de 75%.

E tratando-se aqui de ferramentas punitivas do Estado, compondo o *ius puniendi* (ainda que formalmente contidas no sistema jurídico tributário), estão sujeitas aos mecanismos, princípios e institutos próprios que regulam essa prerrogativa do Poder Público.

Assim, um único ilícito tributário e seu correspondente singular *dano* ao Erário (do ponto de vista *material*), não pode ensejar duas punições distintas, devendo ser aplicado o *princípio da absorção* ou da *consunção*, visando repelir esse *bis in idem*, instituto explicado por Fabio Brun Goldschmidt em sua obra⁷².

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

Registre-se que reconhecimento de situação *antijurídica* não se dá pela mera invocação e observância da Súmula CARF nº 105, mas também adoção do corolário da *consunção*, para fazer cessar o *bis in idem*, caracterizado pelo duplo sancionamento administrativo do contribuinte – que não pode ser tolerado.

Posto isso, verificada tal circunstância, devem ser canceladas todas as multas isoladas referentes às antecipações, lançadas sobre os valores das exigências de IRPJ e CSLL, independentemente do ano-calendário dos *fato geradores* colhidos no lançamento de ofício.

(...)

Digna de nota, também, é a declaração de voto constante desse mesmo Acórdão, da I. Conselheira Livia De Carli Germano, da qual transcrevo o seguinte trecho:

(...) é essencial destacar que, nos presentes autos, não estamos tratando do principal de tributo, mas da **pena** prevista para a conduta consistente em agir em desconformidade com o que prevê a legislação fiscal (dever de adiantar estimativas mensais).

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

⁷² Teoria da Proibição de Bis in Idem no Direito Tributário e Sancionador Tributário. São Paulo: Noeses, 2014, p. 462.

porque cobrada independentemente da exigibilidade da sua base de cálculo (a própria estimativa devida).

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

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

(...)

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

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

(...)

Portanto, compreendo que os argumentos acima não são suficientes para levar ao cancelamento da exigência de multas isoladas.

Não obstante, -- **e aqui reside especificamente o ponto em que, com o devido respeito, discordo do voto da i. Relatora** -- compreendo que a cobrança de multa isolada não pode prevalecer se e quando tenha sido aplicada a multa de ofício pela ausência de recolhimento do valor tal como apurado no ajuste anual.

Não nego que a base de cálculo das multas seja diversa (valor da estimativa devida *versus* valor do ajuste anual devido), assim como não nego que se trata de punição pelo descumprimento de deveres diferentes (a multa isolada como pena por não antecipar parcelas do tributo calculadas sobre uma base provisória, e a multa de ofício por não recolher o tributo apurado como devido no ajuste anual).

Ocorre que, sempre que a falta de recolhimento da estimativa refletir no valor do ajuste anual devido e este não for recolhido, ensejando a aplicação da multa de ofício, teremos uma dupla repercussão da primeira infração, já que esta ensejará, ao mesmo tempo, a exigência da multa isolada e da multa de ofício.

Aqui, sim, é relevante o fato de a estimativa ser mera antecipação do tributo devido no ajuste anual, sendo de se ressaltar a impossibilidade de se punir, **ao mesmo tempo**, uma **conduta ilícita** e seu **meio de execução**.

Neste sentido, havendo aplicação de multa de ofício pela ausência de recolhimento do ajuste anual, há que se considerar a multa isolada inexigível, eis

que absorvida por esta. E isso não porque se trate da mesma pena (porque não é), mas simplesmente porque, quando uma conduta punível é etapa preparatória para outra, também punível, pune-se apenas o ilícito-fim, que absorve o outro.

Dito de outra forma, não se nega que, no caso, é impróprio falar em aplicação concomitante de penalidades em razão de uma mesma infração: a hipótese de incidência da multa isolada é o não cumprimento da obrigação correspondente ao recolhimento das estimativas mensais, e a hipótese de incidência da multa proporcional é o não cumprimento da obrigação referente ao recolhimento do tributo devido ao final do período. Não obstante, porque uma das condutas funciona como etapa preparatória para a outra, em matéria de penalidades deve-se aplicar o princípio da absorção ou consunção.

A matéria é pacífica na doutrina penal, sendo certo, por exemplo, que um indivíduo que falsifica identidade para praticar estelionato apenas responderá pelo crime de estelionato, e não pelo crime de falsificação de documento – tal entendimento está, inclusive, pacificado na Súmula 17 do Superior Tribunal de Justiça: “Quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido”. E isso é assim não porque as condutas se confundam (já que uma coisa é falsificar documento e outra é praticar estelionato), sendo certo também que as penas previstas são diversas e visam a proteger diferentes bens jurídicos, mas simplesmente porque, quando uma conduta for etapa preparatória para a outra, a sua punição é absorvida pela punição da conduta-fim.

Segundo Rogério Grecco, mostra-se cabível falar em princípio da consunção nas seguintes hipóteses: i) quando um crime é meio necessário, fase de preparação ou de execução de outro crime; ii) nos casos de antes-fato ou pós-fato impunível (Manual de Direito Penal. Parte 16ª ed. São Paulo: Atlas, p.121). Compreendo que o caso das estimativas que repercutem no valor devido no ajuste anual encaixa-se perfeitamente na primeira hipótese.

Neste tema, elucidativo o trecho do voto do então conselheiro Marcos Vinicius Neder de Lima no acórdão CSRF/0105.838, e 15 de abril de 2008 (o qual é citado nos votos condutores dos acórdãos 9101001.307 e 9101001.261, que, por sua vez, são precedentes que inspiraram a edição da Súmula CARF n. 105):

(...)

Quando várias normas punitivas concorrem entre si na disciplina jurídica de determinada conduta, é importante identificar o bem jurídico tutelado pelo Direito. Nesse sentido, para a solução do conflito normativo, deve-se investigar se uma das sanções previstas para punir determinada conduta pode absorver a outra, desde que o fato tipificado constitui passagem obrigatória de lesão, menor, de um bem de mesma natureza para a prática da infração maior.

No caso sob exame, o não recolhimento da estimativa mensal pode ser visto como etapa preparatória do ato de reduzir o imposto no final do ano. A primeira conduta é, portanto, meio de execução da segunda.

Com efeito, o bem jurídico mais importante é sem dúvida a efetivação da arrecadação tributária, atendida pelo recolhimento do tributo apurado ao fim do ano-calendário, e o bem

jurídico de relevância secundária é a antecipação do fluxo de caixa do governo, representada pelo dever de antecipar essa mesma arrecadação. Assim, a interpretação do conflito de normas deve prestigiar a relevância do bem jurídico e não exclusivamente a grandeza da pena cominada, pois o ilícito de passagem não deve ser penalizado de forma mais gravosa que o ilícito principal. É o que os penalistas denominam "princípio da consunção".

Segundo as lições de Miguel Reale Junior: "pelo critério da consunção, se ao desenrolar da ação se vem a violar uma pluralidade de normas passando-se de uma violação menos grave para outra mais grave, que é o que sucede no crime progressivo, prevalece a norma relativa ao crime em estágio mais grave..." E prossegue "no crime progressivo, portanto, o crime mais grave engloba o menos grave, que não é senão um momento a ser ultrapassado, uma passagem obrigatória para se alcançar uma realização mais grave".

Assim, não pode ser exigida concomitantemente a multa isolada e a multa de ofício na hipótese de falta de recolhimento de tributo apurado ao final do exercício e também pela falta de antecipação sob a forma estimada. Cobrase apenas a multa de ofício por falta de recolhimento de tributo.

Essa mesma conduta ocorre, por exemplo, quando o contribuinte atrasa o pagamento do tributo não declarado e é posteriormente fiscalizado. Embora haja previsão de multa de mora pelo atraso de pagamento (20%), essa penalidade é absorvida pela aplicação da multa de ofício de 75%. É pacífico na própria Administração Tributária, que não é possível exigir concomitantemente as duas penalidades — de mora e de ofício — na mesma autuação por falta de recolhimento do tributo. Na dosimetria da pena mais gravosa, já está considerado o fato de o contribuinte estar em mora no pagamento.

(...)

É por isso que, mesmo após a alteração da Lei 9.430/1966, promovida pela Lei 11.488/2007, compreendo que prevalece, em caso de dupla penalização, as razões de decidir (*ratio decidendi*) que orientaram o enunciado da Súmula CARF n. 105, que diz:

Súmula CARF 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.

Em síntese, portanto, compreendo que as multas isoladas aplicadas em razão da ausência de recolhimento de estimativas mensais não podem ser cobradas cumulativamente com a multa de ofício pela ausência de recolhimento do valor apurado no ajuste anual do mesmo ano calendário, eis que, embora se trate de penalidades por condutas distintas (e que visam a proteger bens jurídicos diversos, como acima abordado), estamos na esfera de aplicação de penalidades e, aqui, pelo princípio da consunção, quando uma infração (no caso, a ausência de recolhimento de estimativas) é meio de execução de outra conduta ilícita (no caso, a ausência de recolhimento do valor devido no ajuste anual do mesmo ano-calendário), a pena pela infração-meio é absorvida pela pena aplicável à infração-fim.

Estas são as razões pelas quais, novamente pedindo vênias à i. Relatora, orientei meu voto para cancelar as multas isoladas também quanto ao ano calendário de 2007.

Nesse sentido, também nenhum reparto cabe à exclusão da multa isolada, de modo que o recurso especial deve ser negado integralmente.

Assinado Digitalmente

Luis Henrique Marotti Toselli

DECLARAÇÃO DE VOTO

Conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado

Com a devida vênia ao sempre bem fundamentado posicionamento da d. relatora, ousei divergir de seu voto por entender que no presente caso estão presentes os requisitos autorizadores à amortização do ágio gerado na operação societária discutida nesses autos.

A i. relatora bem descreveu o escopo da discussão e, mais adiante no seu voto, transcreveu os elementos trazidos na acusação fiscal que fundamentaram o lançamento pela autoridade fiscal, *verbis*:

[...]

O cerne da discussão, assim, se situa na própria dicção do *caput* do art. 7º da Lei nº 9.532/97, segundo o qual a amortização fiscal do ágio é facultada *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*. Essencialmente questiona-se quem é o adquirente da participação societária quando há interposição de pessoa jurídica que opera, apenas, para recebimento dos recursos e sua destinação aos alienantes do investimento adquirido.

[...]

Nestes autos, o Colegiado *a quo* teve em conta a seguinte sequência de eventos societários reproduzida no voto condutor do recorrido:

[...]

A autoridade lançadora relata que AYMSPE figurou como adquirente no “Contrato de Compra e Venda de Ações” celebrado em 03/05/2014 mas, para fazer frente ao negócio, dias antes do fechamento da operação recebeu aumento de capital integralizado por Holmes Products (Far East) Limited, sediada nas Bahamas e integrante do Grupo norte-americano Jarden Consumer Solutions (JCS). Neste sentido, inclusive, é transcrito do site institucional da Contribuinte que:

Fundada em 1999 sob o nome Cadence Indústria e Comércio, iniciou sua história apostando em um produto inovador para o mercado nacional, a panificadora doméstica. Em pouco tempo, conquistou a confiança dos clientes e disseminou seu amplo portfólio de produtos por todo o país.

Em maio de 2014, passou a integrar o grupo Jarden Consumer Solutions (JCS), que tem sede em Boca Raton, na Flórida, e emprega mais de 4.000 pessoas em 16 países. JCS é parte integrante da Jarden Corporation, líder global de produtos de consumo de classe internacional, com receita anual de US\$7,4 bilhões e mais de 120 marcas vendidas em mais de 100 países ao redor do mundo.

S

ta a notícia, consignada em ata de reunião do Conselho de Administração da AYMSPE, de “Carta de Intenções” acerca do negócio, celebrada em 24/02/2014, e as evidências de que AYMSPE, em sua constituição, tinha endereço e controle por representante de escritório de advocacia especializado em *vender o que é conhecido no mercado como “empresa de gaveta”*. Depois de AYMSPE passar a ter como acionistas Holmes Products (Far East) Limited e Raider Motor Corporation – figurantes em ata de reunião a partir de 30/04/2014 -, é deliberada a aquisição do investimento, ratificada em 28/05/2014, seguindo-se o aumento

de seu capital em 29/05/2014 para efetivação do pagamento às pessoas físicas alienantes em 04/06/2014.

Para concluir que AYMSPE não tinha lastro econômico para comprar 80% das ações representativas do capital da fiscalizada, a autoridade lançadora também observa que:

A AYMSPE foi extinta em 30/12/2014, haja vista ter sido incorporada por sua controlada. Ao longo de seus pouco mais de onze meses de existência, os únicos ativos da AYMSPE consistiram na participação societária da fiscalizada e uma aplicação financeira no banco HSBC (realizada com o saldo que restou após os pagamentos feitos em 04/06/2014, o qual, como visto, acabou sendo restituído em 03/10/2014 ao acionista HOLMES PRODUCTS).

As únicas receitas da AYMSPE foram os rendimentos da aplicação financeira recém citada e equivalência patrimonial oriunda da fiscalizada. As despesas consistiram tão somente em: (i) cerca de R\$ 960 mil em IOF incidente sobre as operações de câmbio (lembrando que tanto o aumento quanto a redução de capital se perfectibilizaram pela liquidação de contratos de câmbio); (ii) despesas bancárias de pouco mais de R\$ 5 mil; e (iii) R\$ 891 mil em serviços advocatícios relacionados com a aquisição da participação societária.

[...]

A empresa foi constituída pouco tempo antes da aquisição e não possuía qualquer patrimônio. Consumada a integralização do capital pela sócia estrangeira, o valor foi imediato e quase integralmente utilizado para pagamento do preço de compra avençado para a aquisição das ações. Sendo assim, salta aos olhos a utilização da AYMSPE como mera "empresa veículo", concebida especificamente para receber valores do real investidora estrangeira (o grupo norte-americano JARDEN CONSUMER SOLUTIONS), aplicá-los na aquisição da fiscalizada e ser em seguida por esta incorporada.

Verifica-se que a AYMSPE teve duração efêmera (menos de um ano) e deixou como único legado a possibilidade de utilização indevida de um benefício fiscal, como é característico das "empresas veículo".

Evidente, está, que AYMSPE apenas foi interposta na operação para internalizar o ágio pago pelo investidor estrangeiro.

A contribuinte, em suas contrarrazões, defendeu a lisura da operação e da amortização do ágio pago, conforme excertos transcritos no relatório pela d. relatora deste acórdão, *verbis*:

Cientificada em 29/05/2023 (e-fl. 1272), a Contribuinte apresentou contrarrazões em 12/06/2023 (e-fls. 1274/1330) nas quais contextualiza a evolução processual, afirma a letigimidade das operações, descreve o contexto da operação e a

necessidade de uma holding no Brasil, e contesta a admissibilidade do recurso fazendário em razão da diferença fática entre o recorrido e os paradigmas nº 9101-002.213 e 9101-002.962, vez que:

No presente, a JARDEN CONSUMER SOLUTIONS⁷³ detinha outras empresas no Brasil, que eram a Mucambo S/A (empresa que fabrica luvas de borracha – CNPJ 15.107.246/0001-34), a Lillo do Brasil Indústria e Comércio de Produtos Infantis Ltda. (que fabrica artefatos de material plástico para uso pessoal e doméstico – CNPJ 08.895.390/0001-17), a Sobral Invicta da Amazônia Indústria de Plásticos Ltda. (que também fabricava artefatos de material plástico para uso pessoal e doméstico CNPJ 10.172.378/0001-26⁷⁴) e a Sobral Invicta S.A. (mais conhecida por fabricar garrafas térmicas e de vidro⁷⁵ – CNPJ 60.594.538/0001-01), como bem destacado no v. acórdão recorrido:

“28. A questão do propósito negocial parece ter o mesmo fim. Como indicado, não se vislumbra nenhuma irregularidade em relação a qualquer das operações efetuadas no caso em questão, com base na legalidade. É se ressaltar ainda que as operações poderiam ter sido realizadas por qualquer uma das quatro sociedades em que os sócios internacionais fazem parte, mas que optaram por fazer pela AYMSPE”.

Assim sendo, o grupo econômico JARDEN CONSUMER SOLUTIONS poderia ter utilizado qualquer uma das quatro empresas que já possuía no Brasil no final de 2013 e tal fato constou expressamente do acórdão recorrido.

Esta situação não se repete no caso tratado no acórdão nº 9101-002.213, pois não há no acórdão apontado como paradigma qualquer notícia de que as sociedades CC HOLDCO (LUXEMBOURG) S.À.R.L e CC HOLDCO (CAYMAN) LTD tivessem qualquer outra sociedade no Brasil. Enquanto no caso da Recorrida a investidora situada no exterior poderia ter utilizado outra de suas empresas localizadas no Brasil para efetivar o investimento na empresa Recorrida, no acórdão apontado como paradigma não há a indicação deste possibilidade.

Também no caso do acórdão nº 9101-002.962 a questão da possibilidade da aquisição da empresa investida brasileira pela investidora situada no exterior foi levada em consideração, pois sequer foi aventada a possibilidade de o CARREFOUR BRASIL efetuar a aquisição da KORCULA no lugar do CARREFOUR S.A. (França), o CARREFOUR NEDERLAND B.V. ou o COMPTOIRS MODERNES A.S. (França). A possibilidade de a empresa

⁷³ Que teve sua denominação alterada para NEWELL RUBBERMAID e posteriormente para NEWELL BRANDS, como pode ser verificado no rodapé do TVF em fls. 42.

⁷⁴ Esta empresa estava ativa em 2013, mas atualmente seu CNPJ já está baixado.

⁷⁵ A gama de produtos que fabrica, bem como a indicação de pertencer ao grupo Newell Brands, pode ser verificada no site de vendas on-line: <https://www.invictaonline.com.br/>

brasileira efetuar a compra da empresa que detinha as quotas do ATACADÃO S.A. sequer foi considerada pelo voto condutor do acórdão apontado como paradigma.

Retoma a abordagem acerca da operação realizada

V – DA LEGITIMIDADE DA UTILIZAÇÃO DA EMPRESA VEÍCULO PARA O INVESTIMENTO REALIZADO POR EMPRESA ESTRANGEIRA.

Como pode ser verificado no acórdão recorrido “não se vislumbra nenhuma ilegalidade quanto às operações societárias e contábeis promovidas. Em análise aos dispositivos normativos, percebe-se que a operação de aquisição anterior de uma pessoa jurídica, terceira, para a posterior compra de outra com sua conseqüente incorporação não se constitui como empecilho ou impeditivo para que a Contribuinte tenha reconhecida a vantagem pretendida. A norma extraída dos artigos não dispõe sobre a necessidade da empresa incorporada ter sido criada anteriormente ou com intuito específico. Na verdade, exigir que a aquisição da CADENCE fosse feita por empresa já existente no Brasil seria criar exigência não prevista em lei”.

Para chegar a esta “conclusão”, o v. acórdão recorrido partiu da seguinte premissa:

“23. Da subsunção da interpretação das operações societárias realizadas, que, diga-se de passagem, não foram tão complexas quando comparadas com outras igualmente examinadas pelo CARF, à interpretação e análise das situações indicadas acima, neste mesmo tópico, é possível concluir que: **a)** houve uma aquisição societária, no mais comum sentido do instituto, ou seja, uma sociedade, por meio de seus órgãos de administração, negociou com os sócios de outra, para a aquisição das quotas, em um sentido formal, mas também econômico-material; **b)** houve incorporação reversa, a qual também é autorizada para a amortização do ágio, conforme alínea “b” do art. 8 da Lei 9.532/97. Assim, as operações sociais foram legítimas para a aquisição, caracterizando efetiva operação entre partes diversas”.

A questão que se discute aqui é a seguinte: o emprego de "empresa veículo", por si só, é motivo para afastar-se a dedutibilidade da despesa com amortização de ágio?

Como é cediço, não é possível sustentar uma autuação fiscal lastreada na simples acusação de emprego de "empresa veículo", até porque o simples emprego de "empresa veículo" não é tipificado como infração à legislação tributária, conforme visto anteriormente.

Caberia então à fiscalização apontar a relação entre o emprego da "empresa veículo" (AYMSPE) e a prática de alguma infração à legislação tributária. E, no caso dos autos não há qualquer infração à legislação tributária, tanto que o auditor fiscal não a apontou.

Em breve síntese, a autuação defende a impossibilidade do aproveitamento do ágio sustentando que o emprego de empresa veículo, que ao fim incorpora ou é incorporada pela investida, “oculta” o verdadeiro investidor, qual seja, aquele que forneceu os recursos para que a empresa veículo faça o investimento.

Pois bem, deve-se ter em conta que os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 foram originalmente criados com a finalidade de incentivo à aquisição de empresas públicas ou sociedades de economia mista por particulares, no âmbito do chamado Programa Nacional de Desestatização (Lei nº 9.491/97).

E uma vez que pessoas físicas ou jurídicas estrangeiras têm direito de adquirir até 100% das ações ou quotas da empresa nacional objeto de desestatização (vide art. 12 da referida Lei nº 9.491/97), é de se perguntar: como poderia um investidor estrangeiro se beneficiar dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 senão por meio da constituição e capitalização de uma pessoa jurídica nacional que fizesse o investimento na empresa objeto da desestatização? Esse foi, de fato, o caminho adotado pelos investidores estrangeiros (vide como exemplo o Acórdão nº 1201-00.689⁷⁶).

Ocorre que, de acordo com a teoria da "empresa veículo", ora sob exame, nem assim os investidores estrangeiros poderiam se beneficiar do disposto nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, pois a pessoa jurídica nacional por eles constituída e capitalizada não seria considerada o "verdadeiro investidor" na empresa objeto de desestatização.

Na mesma situação de impossibilidade de aproveitamento do disposto nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 estaria, por exemplo, um grupo de pessoas físicas nacionais que desejasse adquirir as ações ou quotas de uma empresa objeto de desestatização. Se fizessem o investimento diretamente, as pessoas físicas não poderiam se beneficiar das referidas normas (por óbvio, pessoa física não incorpora nem é incorporada por pessoa jurídica).

A solução seria, novamente, a constituição e capitalização de uma pessoa jurídica justamente para que esta fizesse o investimento. Entretanto, de acordo com a referida teoria da "empresa veículo" criada pela fiscalização da Receita Federal, nem assim a pessoa jurídica criada pelo grupo de pessoas físicas poderia se beneficiar do disposto nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, pois não seria considerada o "verdadeiro investidor" na empresa objeto de desestatização.

Também em idêntica situação de impossibilidade de aproveitamento do disposto nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, estariam as pessoas jurídicas nacionais que, em razão de vedação contida em norma legal ou infralegal, estejam impedidas de exercer atividades econômicas diversas

⁷⁶ 1ª Turma, 2ª Câmara, 1ª Seção do CARF, acórdão nº 1201-00.689, processo administrativo nº 19647.010151/2007-83, relator Conselheiro Rafael Correia Fuso, julgado em 08.05.2012. A parte da ementa na discussão que ora interessa: "(...) AQUISIÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA COM ÁGIO. DEDUTIBILIDADE DO ÁGIO RECONHECIDA. AUSÊNCIA DE ABUSO DE DIREITO.

A aquisição de participação societária de uma determinada empresa, com ágio, por outra que venha a ser incorporada, permite a dedução do ágio pago, no cálculo do lucro real, pela incorporadora, haja vista que se extinguiu o investimento anteriormente realizado com a incorporação às avessas, a teor do inciso II do § 6º do artigo 386 do RIR/99.

A existência de documento (demonstrativo ou laudo) que contempla por metodologia o valor dos ativos em razão de rentabilidade futura permite que a contribuinte realize o aproveitamento do ágio apurado.

Inexistência de ágio interno, visto que o valor do ágio apurado na aquisição da Celpe foi transmitido às demais empresas pelo mesmo valor, conforme laudos juntados nos autos.

Empresa veículo utilizada sob fundamento econômico devidamente justificado nos autos".

daquelas previstas naquelas normas. Seria o caso, por exemplo, de um banco comercial adquirindo as ações ou quotas de uma concessionária de energia elétrica. Tal aquisição é possível, desde que autorizada pelo Banco Central. O que não é juridicamente possível é a absorção do patrimônio da concessionária pelo banco comercial (ou vice-versa) uma vez que o Banco Central proíbe que os bancos comerciais exerçam atividades distintas daquelas previstas em Regulamento.

A solução, mais uma vez, seria o banco comercial constituir e capitalizar uma pessoa jurídica a fim de que esta adquira as ações ou quotas da empresa objeto de desestatização. Ocorre que, segundo a mencionada teoria da "empresa veículo", nem assim a pessoa jurídica criada pelo banco comercial poderia se beneficiar do disposto nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, pois não seria considerada o "verdadeiro investidor".

Os exemplos acima, que a outros poderiam se somar, demonstram que a teoria da "empresa veículo" criada pela fiscalização da Receita Federal aplicada aos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 ensejaria uma interpretação restritiva dessas normas no tocante à ideia de "verdadeiro investidor".

Todavia, a interpretação restritiva, tal como as demais espécies interpretativas, não é fruto da vontade do intérprete. Ao contrário, deve ser juridicamente fundamentada.

No caso dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, tal interpretação restritiva reduziria significativamente as hipóteses de aproveitamento fiscal da amortização do ágio ali prevista, algo que vai de encontro (e não ao encontro) à finalidade do Programa Nacional de Desestatização, o qual, como dito antes, incentiva a aquisição de empresas públicas ou sociedades de economia mista por particulares. Em outras palavras, a teoria da "empresa veículo" criada pela fiscalização da Receita Federal é frontalmente contrária à finalidade para à qual foram criados os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, daí porque não pode ser acolhida.

O parecer do Prof. Luís Eduardo Schoueri juntado em fls. 1059/1186 bem demonstra a falta de fundamentação legal da alegação de que o ágio existente no presente caso não teria substância econômica:

“Note-se, pois, que a autuação se baseia na atribuição de sentidos à lei tributária, os quais não são por esta suportados. A legislação tributária é tratada como "subinclusiva", ou seja, considera-se que esta diz menos do que, no entender da administração tributária, deveria dizer, e o intérprete passa a exercer uma atividade notoriamente criativa e expansiva, atribuindo sentidos à lei que nelas não se encontram expressos. No caso que me foi apresentado, a administração tributária lança mão de sentidos que contradizem aqueles contidos na própria lei tributária e são com ela incompatíveis. Esta modalidade de integração da norma tributária, gravosa, em prejuízo ao contribuinte, é expressamente vedada pelo art. 108, ~ la, do CTN, o qual dispõe que "o emprego da analogia não poderá resultar na exigência de tributo não previsto em lei".

Assim ocorre com a expressão "empresa-veículo". Esta não se encontra expressa na lei, apesar de seu emprego constante pela jurisprudência administrativa. A adoção da teoria do propósito

negocial tampouco possui base em lei. Seu emprego, tal qual realizado pela jurisprudência administrativa, é vedado pelo art. 108, § 1º, do CTN.

Nota-se, portanto, que a estratégia integrativa da administração tributária, expansiva dos sentidos da lei, para além das possibilidades oferecidas pelo texto, é vedada pelo CTN. Em outras palavras, não é dado ao intérprete integrar a lei tributária da maneira como o tem feito a jurisprudência administrativa” (fls. 1145/1146).

Neste sentido é o entendimento manifestado por este E. CARF, conforme ementas abaixo citadas:

[...]

Cita vários julgados deste Conselho e excerto dos votos condutores dos Acórdão nº 1301-001.950 e 1302-003.434, e assevera que uma vez que a conduta da investidora estrangeira de inicialmente adquirir uma empresa pré-constituída para posteriormente realizar a aquisição da target definitiva no Brasil não viola nenhuma lei brasileira, sendo inclusive esta conduta adotada em inúmeras outras operações como demonstram os precedentes do CARF, deve ser reformado o v. acórdão recorrido e anulado o auto de infração originário.

Demonstra a substância da AYMSPE consignando que:

A AYMSPE era uma empresa que tinha substância quando adquiriu a CADENCE ELETRODOMÉSTICOS S.A., conforme indicado pelo próprio fiscal no seu auto de infração:

- a) A AYMSPE era uma empresa holding. A atividade de holding notoriamente não exige muitos colaboradores;
- b) A AYMSPE realizou deliberações societárias para aprovar a aquisição da CADENCE ELETRODOMÉSTICOS S.A. e a capitalização;
- c) A AYMSPE celebrou o contrato de compra da CADENCE ELETRODOMÉSTICOS S.A.;
- d) A AYMSPE pagou os acionistas vendedores da CADENCE ELETRODOMÉSTICOS S.A.;
- e) A AYMSPE teve rendimentos resultantes (i) de investimentos financeiros realizados com seus recursos e (ii) do reconhecimento da equivalência patrimonial da participação detida na CADENCE ELETRODOMÉSTICOS S.A.;
- f) A AYMSPE teve despesas relacionadas às suas atividades e a aquisição da CADENCE ELETRODOMÉSTICOS S.A., como por exemplo: **(i)** R\$ 960 mil em IOF-câmbio, com parte do montante sendo referente ao contrato de câmbio fechado para a integralização do seu capital social; **(ii)** R\$ 5 mil em despesas bancárias com a sua conta bancária; e **(iii)** R\$ 891 mil em despesas com advogados para a aquisição da CADENCE ELETRODOMÉSTICOS S.A..

Portanto, com base no contexto acima, é inegável que a AYMSPE tinha substância e foi a real compradora da CADENCE ELETRODOMÉSTICOS S.A., **tendo utilizado seus próprios recursos na transação.**

Refere julgado deste Conselho, nº 1401-001.240, para corroborar seu entendimento de a estrutura operacional de uma holding não é a mesma de uma empresa industrial, e acrescenta:

O conselheiro relator desse acórdão ainda destacou em seu voto que "*com a devida vênia, não me parece revelar falta de capacidade operacional a ausência de estrutura, com conta de luz, água e telefone, para a sociedade que tem por objeto a atividade de holding.*"

Neste sentido, é importante ter em consideração que o ordenamento jurídico não veda a existência de pessoas jurídicas que tenham como atividade principal a de holding, uma vez que tal disposição é comum mesmo no Brasil.

Além disso, o fato de a empresa ter uma estrutura mais simples, não significa que não tenha substância, como quer dizer a fiscalização.

Ora, uma holding possui uma estrutura enxuta, com pouco ou mesmo nenhum funcionário, sendo que nem mesmo no direito brasileiro tal figura é desconhecida, como pode ser verificado na seguinte notícia obtida no site do Tribunal Superior do Trabalho, *in verbis*:

“TST decide que holding sem empregados não precisa pagar contribuição sindical

A Subseção I Especializada em Dissídios Individuais (SDI-1) do Tribunal Superior do Trabalho manteve decisão que isentou a PRP Administração e Participações S.A. de pagar contribuição sindical à Federação do Comércio de Bens, Serviços e Turismo do Estado de Minas Gerais (Fecomércio/MG). Como a empresa é apenas *holding* de participação societária em outras entidades e não tem empregados, a maioria dos ministros concluiu ser indevida a cobrança.

(...)

Holding pura

O ministro Vieira de Mello Filho apresentou voto divergente para negar provimento aos embargos. Ele classificou a PRP como *holding* pura, caracterizada por concentrar suas ações apenas na participação e no controle coletivo de empresas, sem atividade econômica própria nem empregados. "Esta circunstância, por si só, é suficiente para excluir a obrigação de recolher contribuições sindicais", afirmou. "Na *holding* pura, não há categoria profissional específica para configurar a relação sindical, portanto a contribuição não deve ser exigida".

A SDI-1, por maioria, decidiu conforme o voto divergente. Ficaram vencidos os ministros Corrêa da Veiga, Renato de Lacerda Paiva e Alexandre Agra Belmonte.

(Guilherme Santos/CF)

Processo:E-RR-2058-44.2011.5.03.0078E-RR-2058-44.2011.5.03.0078”⁷⁷

⁷⁷ http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/id/18879358

Resta claro, portanto, que o direito brasileiro reconhece a existência da *holding* sem empregados, tendo em vista que essa atividade não exige tanta estrutura e pessoal como uma empresa industrial ou comercial, razão pela qual é evidente que a sua estrutura será pequena.

Dessa forma, foram preenchidos todos os requisitos exigidos para que o ágio proveniente da aquisição da CADENCE ELETRODOMÉSTICOS S.A. pela AYMSPE pudesse ser amortizado na incorporação reversa, razão pela qual o v. acórdão recorrido deve ser mantido pelos seus próprios fundamentos.

Observa que um dos fundamentos da autuação é de que não havia sido indicado o fundamento econômico do ágio, em que pese o fato da legislação vigente à época dos fatos aqui tratados não ter semelhante previsão, além do fato da própria fiscalização da Receita Federal ter identificado o lançamento contábil relativo ao ágio registrado pela Recorrida. Apresenta tal registro, e ressalta que o acórdão recorrido considerou este ponto da acusação fiscal tão irrelevante que houve um silêncio em torno dele, como um ponto que não precisava ser enfrentado uma vez que a autuação seria derrubada por uma série de outros argumentos.

De toda a sorte, cita trecho do parecer do Prof. Luís Eduardo Schoueri a respeito do propósito negocial da AYMSPE, e conclui que a alegação de que a AYMSPE não teria propósito negocial não tem fundamento econômico e/ou jurídico, razão pela qual não serve de fundamento para a reforma do v. acórdão recorrido.

Complementa abordando a possibilidade de utilização de outras empresas do mesmo grupo econômico para realizar a compra da Cadence Eletrodomésticos S.A. a utilização das demais empresas do mesmo grupo econômico também permitiriam a amortização do ágio, nos seguintes termos:

Conforme comprovado nestes autos, o grupo econômico JARDEN CONSUMER SOLUTIONS⁷⁸ é titular de outras empresas brasileiras, conforme comprovou seu registro na SEC - U.S. Securities and Exchange Commission – como a Mucambo S/A (empresa que fabrica luvas de borracha – CNPJ 15.107.246/0001-34), a Lillo do Brasil Indústria e Comércio de Produtos Infantis Ltda. (que fabrica artefatos de material plástico para uso pessoal e doméstico – CNPJ 08.895.390/0001-17), a Sobral Invicta da Amazônia Indústria de Plásticos Ltda. (que também **fabricava** artefatos de material plástico para uso pessoal e doméstico CNPJ 10.172.378/0001-26⁷⁹) e a Sobral Invicta S.A. (mais conhecida por fabricar garrafas térmicas e de vidro⁸⁰ – CNPJ 60.594.538/0001-01).

Assim sendo, o grupo econômico JARDEN CONSUMER SOLUTIONS poderia ter utilizado qualquer uma das quatro empresas que já possuía no Brasil no final de 2013, o que foi expressamente reconhecido no voto do conselheiro relator do v. acórdão recorrido.

Notícia acessada em 28.04.2017 às 11:18h.

⁷⁸ Que teve sua denominação alterada para NEWELL RUBBERMAID e posteriormente para NEWELL BRANDS, como pode ser verificado no rodapé do TVF em fls. 42.

⁷⁹ Esta empresa estava ativa em 2013, mas atualmente seu CNPJ já está baixado.

⁸⁰ A gama de produtos que fabrica, bem como a indicação de pertencer ao grupo Newell Brands, pode ser verificada no site de vendas on-line: <https://www.invictaonline.com.br/>

Neste ponto, o v. acórdão recorrido reproduz a jurisprudência do CARF que reconhece que se a operação pudesse ser realizada nos mesmos moldes, mas por outras empresas do mesmo grupo econômico, não haveria justa causa para a autuação fiscal, *verbis*:

[...]

Ou seja, tivesse a JARDEN CONSUMER SOLUTIONS utilizado qualquer uma de suas quatro empresas no Brasil para realizar a aquisição da CADENCE ELETRODOMÉSTICOS S.A. e posteriormente realizado a incorporação reversa, os efeitos tributários seriam idênticos, de forma que não há justa causa para a autuação fiscal que se pretende anular.

Se havia a possibilidade de fazer a aquisição de 80% das ações da CADENCE utilizando umas das empresas brasileiras do grupo JARDEN CONSUMER SOLUTIONS - Mucambo S/A., Lillo do Brasil Indústria e Comércio de Produtos Infantis Ltda., Sobral Invicta da Amazônia Indústria de Plásticos Ltda. ou a Sobral Invicta S.A., a alegação de que a utilização de uma terceira empresa – a AYMSPE - levaria à perda do ágio gerado na compra da empresa target não tem qualquer fundamentação (a não ser que a legislação ordinária fizesse semelhante exigência).

Qualquer exigência em sentido contrário viola o princípio da legalidade, que deve nortear a conduta do administrador público (ex. vi art. 37 da CF/88 e art. 2º da Lei nº 9.784/99).

Reitere-se que o mesmo efeito fiscal, de dedução do ágio pago pela AYMSPE na aquisição da CADENCE ELETRODOMÉSTICOS S.A. teria sido obtido se esta aquisição tivesse sido realizada por qualquer uma das outras quatro empresas do grupo JARDEN CONSUMER SOLUTIONS no Brasil, de forma que a acusação fiscal de que a operação foi realizada mediante a aquisição de uma empresa-veículo (a AYMSPE) não tem qualquer suporte de fato, devendo ser reformado o v. acórdão recorrido e cancelado o auto de infração originário.

Veja-se que independentemente da JARDEN CONSUMER SOLUTIONS utilizar a AYMSPE como empresa-veículo para realizar o seu investimento no Brasil ou utilizar qualquer uma das empresas que já pertenciam ao seu grupo econômico, os requisitos para o aproveitamento do ágio foram verificados, quais sejam, **(i)** a existência do laudo de avaliação (Acórdão 1201-002.247, julgado em 19/7/2018), **(ii)** a operação foi realizada entre partes independentes (Acórdãos 1302-003.381, 1201-002.672 e 1301-002.670, julgados respectivamente em 18/3/2019, 12/2/2019 e 6/12/2017), e **(iii)** ocorrência de confusão patrimonial entre as empresas adquirente e adquirida.

Portanto, conforme visto acima, o ágio decorrente desta aquisição:

(i) foi calculado a partir da rentabilidade futura do investimento (calculado pelo método do fluxo de caixa descontado) – conforme demonstra o laudo de rentabilidade futura preparado pela BDO e que sequer foi desconsiderado pela fiscalização;

(ii) foi gerado em transação entre partes totalmente independentes – a operação foi feita legítima e poderia ter sido utilizada qualquer outra empresa do grupo Jarden no Brasil (Mucambo, Lillo e Sobral) para

concretizar o negócio como adquirente. Portanto, o argumento de que a adquirente era uma empresa-veículo não deve prosperar, em linha com os julgados desse E. CARF citados acima;

(iii) foi pago em dinheiro e com desembolso de caixa da adquirente – a adquirente utilizou recursos próprios e pagou o preço em dinheiro aos vendedores, ou seja, não era ágio interno ou ágio que “viajou” de outra adquirente.

(iv) foi registrado em uma conta de investimento – a própria fiscalização reconhece este ponto.

Demonstrado que a operação realizada pela JARDEN CONSUMER SOLUTIONS para a aquisição da Recorrida observou todos os requisitos previstos nas decisões do CARF para que o aproveitamento do ágio fosse considerado legítimo, não há que falar em operação abusiva ou necessidade de desconsiderar a AYMSPE como real adquirente da participação societária, como quer fazer acreditar a fiscalização, até porque o TVF sequer indicou a ocorrência de fraude fiscal, tanto que não aplicou a multa agravada.

Tivesse a fiscalização entendido que a operação de aquisição da Recorrida pela AYMSPE foi feita com o objetivo de fraudar a ocorrência do fato gerador, teria aplicado a multa agravada de 150% do crédito tributário, como no seguinte precedente do CARF, *verbis*:

[...]

Refere ementa do Acórdão nº 1302-002.386 e conclui que, preenchidos os requisitos previstos nas decisões do CARF e na legislação para dedução das despesas com o ágio, tem-se um reconhecimento implícito de que a operação realizada para a aquisição de parte das ações da Recorrida e não viola a legislação em vigor, razão pela qual deve ser reformada a decisão recorrida para cancelar o auto de infração originário.

A acusação fiscal se sustenta unicamente na ausência de confusão patrimonial entre a “real” investidora (situada no exterior) e a adquirida para que se viabilizasse o permissivo legal para a amortização do ágio, pago por intermédio da empresa veículo constituída no país para a aquisição (AYMSPE).

Aponta que AYMSPE não detinha capacidade financeira para a aquisição e que só passou a detê-la após o aporte de capital efetivado por sua controladora poucos dias antes da efetivação da operação de aquisição da participação.

Sustenta ainda a autoridade fiscal que nesse curto período de existência de pouco mais de onze meses, os únicos ativos da empresa-veículo (AYMSPE) consistiram na participação adquirida e em aplicações financeiras e que suas despesas consistiram em custos tributários, despesas bancárias e serviços advocatícios decorrentes da operação de aquisição.

Em momento algum a autoridade fiscal aponta a inexistência de fato da empresa-veículo ou qualquer conduta simulada em sua criação, ressaltando apenas o aspecto fiscal que

teria sido o motivo de sua interposição no negócio, tendo em vista que se a operação tivesse sido realizada diretamente pela empresa controladora, situada no exterior, inexistiria a possibilidade de amortização do ágio pago.

Em situações como esta tenho me posicionado no sentido de validar a amortização do ágio pago pela subsidiária brasileira criada para viabilizar o negócio, salvo na existência de alguma patologia devidamente demonstrada pela fiscalização, como a simulação.

No presente caso, em que pese a relativamente curta existência da empresa-veículo (AYMSPE), não há acusação fiscal de sua inexistência de fato ou simulada.

Os poucos ativos registrados, as receitas financeiras e de equivalência registradas e as despesas bancárias, fiscais e de assessoria jurídica, suportadas e pagas com os recursos da própria empresa (ainda que tenha sido originados da sua controladora no exterior via integralização de capital), ao longo dos pouco mais de onze meses de sua existência são compatíveis com o seu objeto de empresa holding, como defendeu a contribuinte, não havendo como ignorá-las no mundo fático e jurídico.

Nesse sentido já me posicionei neste colegiado quando foi proferido o Acórdão nº 9101-006.486, na sessão de 07 de março de 2023, conforme se extrai da declaração de voto apresentada naquele julgado, *verbis*:

[...]

Entendo que estando devidamente comprovado nos autos que houve o efetivo pagamento (sacrifício patrimonial) para a aquisição do investimento por parte da empresa adquirente e tendo a própria lei reguladora permitido a incorporação reversa para fins de amortização da despesa, a forma utilizada pela recorrente para a realização do negócio encontra-se dentro dos limites da liberdade de organização de seus negócios, não lhe sendo vedado utilizar aquela que lhe propicie, dentro do ordenamento legal, o menor custo ou a maior vantagem tributária.

É oportuno registrar que não estou entre aqueles que defendem que os contribuintes podem fazer tudo que a lei não veda.

Entendo que os negócios jurídicos realizados devem respeitar os princípios da boa-fé e a função social da empresa. Assim, não se admitem negócios puramente formais, sem qualquer substância, que visam unicamente a obtenção de benefícios fiscais, como os observados na criação de ágio em operações internas ao grupo econômico ou com vícios de simulação.

No presente caso, entendo que as operações examinadas se amoldam à previsão legal que autoriza a amortização do ágio. Existe em cada uma delas um valor efetivamente pago a terceiros que supera o valor patrimonial, amparado na expectativa de rentabilidade futura. Por outro lado, as adquirentes foram absorvidas por incorporação pela adquirida, verificando-se a confusão patrimonial exigida por lei para viabilizar a amortização da despesa.

Neste passo, com a devida vênia do entendimento fiscal e do adotado pelo colegiado recorrido, o meu entendimento é o de que a utilização de empresa holding para a aquisição dos investimentos encontra respaldo no ordenamento societário e fiscal e, efetivamente, encontra-se dentro da esfera de liberdade que a empresa tinha para realizar os negócios concretizados.

Note-se que o negócio de compra e venda é real. O que se discute é se o contribuinte poderia adotar a estrutura societária que utilizou para a sua concretização.

Ora, ao lado dos motivos regulatórios e negociais apresentados pela recorrente quanto a utilização das empresas holdings nos negócios, o objetivo de aproveitar o benefício fiscal do ágio, previsto nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 (arts. 385 e 386 do RIR/1999), me parece legítimo neste caso e é parte da própria estruturação do negócio realizado, levando em conta o ordenamento societário e fiscal.

Entendo que a lei fiscal deve ser interpretada, especialmente aquelas que tratam de renúncia fiscal, em consonância com seus objetivos, não se limitando à sua literalidade. Daí meu entendimento no sentido de afastar a sua aplicação em operações internas, realizadas entre partes dependentes, sem qualquer sacrifício patrimonial e justificativa econômica.

No entanto, não se pode buscar um sentido à lei que a afaste dos institutos que ela pretende regular ou a eles se refira.

A possibilidade legal de aproveitamento do ágio (uma vez que este tenha ocorrido e sido demonstrado legitimamente) decorre da absorção do patrimônio de um pessoa jurídica pela outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio apurado na forma do § 2º. Inc II do art. 385 do RIR/1999, inclusive quando a empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a participação.

Assim dispõe o art. 386 do RIR/1999:

Art. 386. A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no artigo anterior (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, e Lei nº 9.718, de 1998, art. 10):

I - deverá registrar o valor do ágio ou deságio cujo fundamento seja o de que trata o inciso I do § 2º do artigo anterior, em contrapartida à conta que registre o bem ou direito que lhe deu causa;

II - deverá registrar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata o inciso III do § 2º do artigo anterior, em contrapartida a conta de ativo permanente, não sujeita a amortização;

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

apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração;

IV - deverá amortizar o valor do deságio cujo fundamento seja o de que trata o inciso II do § 2º do artigo anterior, nos balanços correspondentes à apuração do lucro real, levantados durante os cinco anos-calendário subsequentes à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no mínimo, para cada mês do período de apuração.

§ 1º O valor registrado na forma do inciso I integrará o custo do bem ou direito para efeito de apuração de ganho ou perda de capital e de depreciação, amortização ou exaustão (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, § 1º).

§ 2º Se o bem que deu causa ao ágio ou deságio não houver sido transferido, na hipótese de cisão, para o patrimônio da sucessora, esta deverá registrar (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, § 2º):

I - o ágio em conta de ativo diferido, para amortização na forma prevista no inciso III;

II - o deságio em conta de receita diferida, para amortização na forma prevista no inciso IV.

§ 3º O valor registrado na forma do inciso II (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, § 3º):

I - será considerado custo de aquisição, para efeito de apuração de ganho ou perda de capital na alienação do direito que lhe deu causa ou na sua transferência para sócio ou acionista, na hipótese de devolução de capital;

II - poderá ser deduzido como perda, no encerramento das atividades da empresa, se comprovada, nessa data, a inexistência do fundo de comércio ou do intangível que lhe deu causa.

§ 4º Na hipótese do inciso II do parágrafo anterior, a posterior utilização econômica do fundo de comércio ou intangível sujeitará a pessoa física ou jurídica usuária ao pagamento dos tributos ou contribuições que deixaram de ser pagos, acrescidos de juros de mora e multa, calculados de conformidade com a legislação vigente (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, § 4º).

§ 5º O valor que servir de base de cálculo dos tributos e contribuições a que se refere o parágrafo anterior poderá ser registrado em conta do ativo, como custo do direito (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, § 5º).

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

I - o investimento não for, obrigatoriamente, avaliado pelo valor do patrimônio líquido;

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

§ 7º Sem prejuízo do disposto nos incisos III e IV, a pessoa jurídica sucessora poderá classificar, no patrimônio líquido, alternativamente ao disposto no § 2º deste artigo, a conta que registrar o ágio ou deságio nele mencionado (Lei nº 9.718, de 1998, art. 11).

Analisando o dispositivo acima, verifica-se que a confusão patrimonial decorre da absorção do patrimônio de uma pessoa jurídica pela outra. É este o requisito que, uma vez atendido, permite a utilização do benefício de amortização antecipada do ágio pago.

E, no caso, concreto, as pessoas jurídicas que detinham os investimentos eram, indubitavelmente, as empresas holdings que foram efetivamente as responsáveis pela aquisição das participações societárias no Brasil, ainda que os recursos tenham vindo, declaradamente, de empresas situadas no exterior mediante inversão no capital social das adquirentes.

Portanto, apesar de os reais detentores do investimento no Brasil serem, ao fim e ao cabo, as empresas do grupo situadas no exterior, as adquirentes são as empresas holding brasileiras criadas para investir na aquisição das companhias.

Ao contrário do que sustenta a fiscalização e o i. relator do voto vencedor do acórdão recorrido, a lei não estabelece a confusão patrimonial entre investidora (de fato) e investida, mas, sim e expressamente, entre a "pessoa jurídica" que detém a participação societária na outra "pessoa jurídica" adquirida com ágio com esta última, ou vice-versa, por meio de processos de incorporação, fusão ou cisão.

A figura da companhia holding encontra-se prevista no art. 2º, § 3º da Lei nº 6.404/1976 (Lei das S/A), *verbis*:

Art. 2º Pode ser objeto da companhia qualquer empresa de fim lucrativo, não contrário à lei, à ordem pública e aos bons costumes.

§ 1º Qualquer que seja o objeto, a companhia é mercantil e se rege pelas leis e usos do comércio.

§ 2º O estatuto social definirá o objeto de modo preciso e completo.

§ 3º A companhia pode ter por objeto participar de outras sociedades; ainda que não prevista no estatuto, a participação é facultada como meio de realizar o objeto social, ou para beneficiar-se de incentivos fiscais.

Da mesma forma os institutos da incorporação, fusão e cisão, estão previstos em diversos dispositivos da Lei nº 6.404/1976, em especial os seguintes:

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

[...]

Art. 228. A fusão é a operação pela qual se unem duas ou mais sociedades para formar sociedade nova, que lhes sucederá em todos os direitos e obrigações.

[...]

Art. 229. A cisão é a operação pela qual a companhia transfere parcelas do seu patrimônio para uma ou mais sociedades, constituídas para esse fim ou já existentes, extinguindo-se a companhia cindida, se houver versão de todo o seu patrimônio, ou dividindo-se o seu capital, se parcial a versão.

Com efeito, todos estes institutos estão expressamente previstos na lei comercial, não podendo ter a sua definição, conteúdo e alcance serem interpretados de forma diversa para definição de seus efeitos tributários, nos termos dos art. 109 e 110 do CTN .

A referência, pela Lei das S/A, às companhias e sociedades que detém participações em outras companhias e às operações societárias (incorporação, fusão e cisão), acima descritas, remetem à relação imediata de umas com as outras sociedades, independente do seu controle direto ou indireto por outras pessoas jurídicas.

Dito de outro modo.

A lei regula, por meio dos dispositivos citados, institutos que disciplinam o objeto das sociedades mercantis e suas transformações em caráter individual, como entidades autônomas, não importando sua condição dentro de um grupo econômico ou quem detenha o seu controle.

Ora, a lei tributária, nos casos os arts. 385 e 386 do RIR/1999 (amparados nos arts. 7ª e 8ª da Lei nº 9.532/1997), simplesmente remete a estes institutos, previstos na lei comercial, para fins de definição do benefício fiscal de amortização antecipada do ágio, não existindo, a meu ver, espaço para interpretá-los de forma diversa.

Decorre daí, também, o meu entendimento já manifestado em outros julgamentos, quanto a impossibilidade de transferência do ágio pago por uma empresa para outra criada unicamente para permitir o aproveitamento fiscal do ágio.

Assim, inexistindo no caso concreto qualquer indício de simulação nas operações realizadas e considerando o contexto negocial das operações, entendo plenamente aplicáveis os dispositivos legais que autorizavam à contribuinte a deduzir fiscalmente o ágio pago nas operações.

[...]

Oportuno acrescentar que apesar das mudanças introduzidas no instituto do reconhecimento e amortização do ágio, por meio da Lei nº 12.973/2014, em que algumas situações ensejadoras de litígio entre o Fisco e os contribuintes foram melhor aclaradas na lei,

como a exigência de laudo de avaliação e respectivo prazo para sua elaboração e a vedação expressa à amortização de ágio entre partes relacionadas, a legislação se manteve incólume quanto aos requisitos que permitiriam o reconhecimento e amortização do ágio nas demais situações.

Note-se que seria razoável que a lei estabelecesse que o ágio somente fosse dedutível por quem efetivamente suportasse o custo do investimento (real adquirente) impedindo a interposição de outra empresa na aquisição, como pretende o Fisco,. Mas é certo que nem a Lei nº 9.532/1997, nem a Lei nº12.972/2014, que alterou por último o regramento, assim dispôs.

Desta feita, a figura do real adquirente sustentada pela fiscalização no lançamento e refletida em parte da jurisprudência desse conselho somente seria sustentável se descaracterizada a real existência da empresa-veículo que ao fim e ao cabo realizou o investimento e foi, posteriormente, incorporada pela empresa adquirida.

A jurisprudência judicial sobre esta matéria começa a ganhar corpo junto aos tribunais superiores, sendo digno de registro o recente julgado do Superior Tribunal de Justiça – STJ, no REsp nº 2.026.473-SC, que analisa a possibilidade de utilização de empresa-veículo, por uma empresa estrangeira, na estruturação do negócio que ensejou o reconhecimento do ágio, no qual o tribunal destaca que a utilização de empresa-veículo no negócio, por si só, não o invalida, competindo ao Fisco demonstrar a artificialidade na sua interposição na relação jurídica, *verbis*:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INEXISTÊNCIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. FIM DE PREQUESTIONAMENTO. MULTA. DESCABIMENTO. IMPOSTO DE RENDA E CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO. ÁGIO. DESPESA. DEDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. OPERAÇÃO ENTRE PARTES DEPENDENTES. POSSIBILIDADE. NEGÓCIO JURÍDICO ANTERIOR À ALTERAÇÃO LEGAL. EMPRESA-VEÍCULO. PRESUNÇÃO DE INDEDUTIBILIDADE. ILEGALIDADE.

1. Não há violação do art. 1.022, II, do CPC/2015 quando o órgão julgador, de forma clara e coerente, externa fundamentação adequada e suficiente à conclusão do acórdão embargado, como no caso dos autos.
2. Hipótese em que a Corte Regional apresentou motivação clara e expressa a respeito: a) da possibilidade de dedução do ágio no caso concreto, visto que o instituto teria efetivamente ocorrido (e não artificialmente criado); b) da impossibilidade de criação de hipóteses de “inedutibilidade” não previstas na lei, tal como pretendeu fazer o Fisco; c) da extensão da Lei n. 9.532/1997, notadamente dos seus arts. 7º e 8º; d) da ocorrência efetiva de investimento (aporte de recursos), tendo enfrentado diretamente as questões postas em discussão e entregue a prestação jurisdicional nos limites da lide.
3. Quanto à alegada violação do art. 1.026, § 2º, do CPC, assiste razão jurídica à recorrente, uma vez que os aclaratórios foram interpostos com o objetivo de prequestionamento, pelo que aplicável a Súmula 98 do STJ no particular.

4. A controvérsia principal dos autos consiste em saber se agiu bem o Fisco ao promover a glosa de despesa de ágio amortizado pela recorrida com fundamento nos arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/1997, sob o argumento de não ser possível a dedução do ágio decorrente de operações internas (entre sociedades empresárias dependentes) e mediante o emprego de “empresa-veículo”.

5. Ágio, segundo a legislação aplicável na época dos fatos narrados na inicial, consistiria na escrituração da diferença (para mais) entre o custo de aquisição do investimento (compra de participação societária) e o valor do patrimônio líquido na época da aquisição (art. 20 do Decreto-Lei n. 1.598/1977).

6. Em regra, apenas quando há a alienação, liquidação, extinção ou baixa do investimento é que o ágio a elas vinculado pode ser deduzido fiscalmente como custo, para fins de apuração de ganho ou perda de capital.

7. A exceção à regra da indedutibilidade do ágio está inserida nos arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/1997, os quais passaram a admitir a dedução quando a participação societária é extinta em razão de incorporação, fusão ou cisão de sociedades empresárias.

8. A exposição de motivos da Medida Provisória n. 1.602/1997 (convertida na Lei n. 9.532/1997) visou limitar a dedução do ágio às hipóteses em que fossem acarretados efeitos econômico-tributários que a justificassem.

9. **O Código Tributário Nacional autoriza que a autoridade administrativa promova o lançamento de ofício quando “se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação” (art. 149, VII) e também contém norma geral antielisiva (art. 116, parágrafo único), a qual poderia, em última análise, até mesmo justificar a requalificação de negócios jurídicos ilícitos/dissimulados, embora prevaleça a orientação de que a “plena eficácia da norma depende de lei ordinária para estabelecer os procedimentos a serem seguidos” (STF, ADI 2446, rel. Min. Carmen Lúcia).**

10. Embora seja justificável a preocupação quanto às organizações societárias exclusivamente artificiais, não é dado à Fazenda, alegando buscar extrair o “propósito comercial” das operações, impedir a dedutibilidade, por si só, do ágio nas hipóteses em que o instituto é decorrente da relação entre “partes dependentes” (ágio interno), ou **quando o negócio jurídico é materializado via “empresa-veículo”; ou seja, não é cabível presumir, de maneira absoluta, que esses tipos de organizações são desprovidos de fundamento material/econômico.**

11. Do ponto de vista lógico-jurídico, as premissas em que se baseia o Fisco não resultam automaticamente na conclusão de que o “ágio interno” ou o ágio resultado de operação com o emprego de “empresa-veículo” impediria a dedução do instituto em exame da base de cálculo do lucro real, especialmente porque, até 2014, a legislação era silente a esse respeito.

12. Quando desejou excluir, de plano, o ágio interno, o legislador o fez expressamente (com a inclusão do art. 22 da Lei n. 12.973/2014), a evidenciar que, anteriormente, não havia vedação a ele.

13. Se a preocupação da autoridade administrativa é quanto à existência de relações exclusivamente artificiais (como as absolutamente simuladas), compete ao Fisco, caso a caso, demonstrar a artificialidade das operações, mas jamais pressupor que o ágio entre partes dependentes ou com o emprego de "empresa-veículo" já seria, por si só, abusivo.

14. No caso concreto, adotando o cenário fático narrado na sentença e no acórdão, em razão dos limites impostos pela Súmula 7 do STJ, não há demonstração de que as operações entabuladas pela parte recorrida foram atípicas, artificiais ou desprovidas de função social, a ponto de justificar a glosa na dedução do ágio.

15. Recurso especial parcialmente provido, apenas para afastar a multa imposta em face da interposição dos embargos de declaração.

Transcrevo os excertos do voto⁸¹ em que o relator analisa a questão da utilização da empresa-veículo cujos fundamentos, de certo modo, estão alinhados ao posicionamento que venho adotando neste tribunal administrativo, *verbis*:

[...]

Por isso, em regra, apenas quando há a alienação, liquidação, extinção ou baixa do investimento é que o ágio a elas vinculado pode ser deduzido fiscalmente como custo, para fins de apuração de ganho ou perda de capital.

A exceção à regra da indedutibilidade do ágio está inserida nos arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/1997, os quais passaram a admitir a dedução quando a participação societária é extinta em razão de incorporação, fusão ou cisão de sociedades empresárias.

Como a interpretação a ser dada aos supracitados artigos figura como fio condutor desta decisão, transcrevo os dispositivos integralmente, com a redação vigente ao tempo dos fatos:

[...]

Com base na leitura dos artigos destacados, verifica-se que a lei admitiu a dedução fiscal do ágio (da base de cálculo do lucro real) na hipótese de absorção patrimonial de pessoa jurídica da qual se detenha participação societária. Em especial, a norma (em seu inciso III) estabeleceu a possibilidade de o ágio gerado na aquisição de participação societária, cujo fundamento econômico tiver sido a expectativa de rentabilidade futura (art. 20, § 2º, "b", do Decreto-Lei n.

⁸¹ O acórdão do STJ também analisa a validade do chamado ágio interno, em face dessa situação estar presente naquela operação. Em linhas gerais, não tenho concordância com as premissas adotadas no voto, mesmo abstraindo eventuais questões peculiares àquele processo, mas deixo de comentá-las por não serem aplicáveis ao presente caso

1.598/1977), ser amortizado nos balanços correspondentes à apuração do lucro real levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de, no máximo, um sessenta avos para cada mês do período de apuração.

Nesses casos, portanto, assiste razão ao contribuinte quando afirma que, em resumo, os requisitos exigidos para a dedução são: (i) que o ágio seja justificado pela rentabilidade futura do investimento; (ii) que, após a aquisição, haja incorporação da controlada pela controladora, ou vice-versa; e (iii) que seja respeitado o limite de amortização de 1/60 por mês.

[...]

A Fazenda defende, portanto – inclusive no recurso em exame –, que a análise da possibilidade de dedução do ágio não deve ser realizada à luz dos aspectos meramente formais da norma, mas também sob a ótica dos eventos reais e econômicos atrelados à operação que ensejou o ágio.

Justifica, aliás, que a interpretação histórica da norma (extraída da sua exposição de motivos) deixa evidente que a disposição legal trouxe verdadeira blindagem ao aproveitamento do ágio fictício; a interpretação teleológica evidencia que a fruição de um ganho tributário pressupõe que seja demonstrada a existência de propósito negocial/substância econômica, cabendo ao Fisco a desconsideração do abuso das formas em detrimento da constatação dos fatos tributáveis (arts. 118, I, 142 e 149, VII, do CTN).

Até aqui, as premissas da recorrente não estariam de todo equivocadas. Pelo contrário, de fato:

A exposição de motivos da Medida Provisória nº 1.602/1997 deixou hialino esse intuito de restrição da consideração do ágio como despesa dedutível, mediante a instituição de óbices à amortização de qualquer tipo de ágio nas operações de incorporação. Com isso o legislador visou limitar a dedução do ágio às hipóteses em que fossem acarretados efeitos econômico-tributários que o justificassem. (SCHOUERI, Luís Eduardo. Ágio em reorganizações societárias [aspectos tributários]. São Paulo: Dialética, 2012).

Além disso, o Código Tributário Nacional realmente autoriza que a autoridade administrativa promova o lançamento de ofício quando “se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação” (art. 149, VII).

E, ainda, a norma geral antielisiva (art. 116, parágrafo único), de constitucionalidade indiscutível (ADI 2446), também poderia, em última análise, até justificar a requalificação de negócios jurídicos ilícitos/dissimulados, embora prevaleça a orientação de que a “plena eficácia da norma depende de lei ordinária para estabelecer os procedimentos a serem seguidos” (STF, ADI 2446, rel. Min. Carmen Lúcia).

Em suma, a preocupação da Fazenda quanto às operações exclusivamente artificiais é relevante e encontra abrigo na legislação e na interpretação que a esta deve ser dada.

O que, a meu ver, mostra-se seguramente incorreta é a conclusão adotada pelo Fisco após expor as premissas adiantadas nas linhas acima.

Não pode a Receita, alegando buscar extrair o “propósito negocial” das operações, impedir a dedutibilidade, por si só, do ágio nas hipóteses em que o instituto é decorrente da relação entre “partes dependentes” (ágio interno), ou quando o negócio jurídico é materializado via “empresa-veículo”. Ou seja, não é dado presumir, de maneira absoluta, que esses tipos de organizações societárias são desprovidos de fundamento material/econômico.

[...]

A empresa-veículo, por sua vez, seria aquela constituída com a "função específica de transferir participação societária entre controladora e controlada" (MOREIRA JÚNIOR, Gilberto de Castro; SILVA JÚNIOR, Ademir Bernardo. Da dedutibilidade do ágio para fins fiscais: análise do precedente da Columbian Chemicals Brasil LTDA [Acórdão n. 1102-000.875] In: Análise de casos sobre aproveitamento de ágio: IRPJ e CSLL à luz da jurisprudência do CARF. PEIXOTO, Marcelo Magalhães; FARO, Maurício Pereira (coord). São Paulo: MP Editora, 2016).

Embora não haja consenso sobre o conceito de "empresa-veículo", algumas características dessa entidade podem ser destacadas:

A “empresa-veículo” geralmente é constituída pela própria pessoa jurídica adquirente com o aporte do investimento na sociedade adquirida (“empresa-alvo”), justamente para efetuar a transferência do ágio de rentabilidade futura;

A “empresa-veículo” tem duração efêmera;

A “empresa-veículo” é criada sem outro propósito econômico, além de facilitar o aproveitamento fiscal do ágio de rentabilidade futura;

A “empresa-veículo” é utilizada como instrumento para aquisição da participação societária na “empresa-alvo” ou como sociedade para a qual ocorre a transferência do ágio;

A “empresa-veículo” é controladora da pessoa jurídica sucessora, que continua a existir após o evento societário, na qual o ativo diferido (regime anterior) ou o ativo intangível (regime atual) relativo ao ágio de rentabilidade futura passa a produzir efeitos fiscais;

A “empresa-veículo” é extinta no evento societário de fusão, cisão ou incorporação;

A “empresa-veículo” possibilita que a sociedade investida por meio da incorporação reversa, amortize o ágio de rentabilidade futura.

(SANTOS, Ramon Tomazela. Ágio na Lei 12.973/2014: aspectos tributários e contábeis. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022).

Dito isso, tenho que, do ponto de vista lógico-jurídico, as premissas em que se baseia a Fazenda passam longe de resultar automaticamente na conclusão de que o “ágio interno” ou o ágio resultado de operação com o emprego de “empresa-veículo” impediria a dedução do instituto em exame da base de cálculo do lucro real.

Primeiro, porque os supracitados arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/1997 em nenhum momento dispuseram de maneira expressa sobre a impossibilidade apriorística do aproveitamento do ágio nas operações de partes dependentes ou mediante o emprego de empresa interposta.

Aliás, quando desejou excluir, de plano, o ágio interno, o legislador o fez expressamente (com a inclusão do art. 22 da Lei n. 12.973/2014), a evidenciar que anteriormente, não havia vedação, e continua não havendo, ao uso de sociedade-veículo.

Segundo, porque se a preocupação da autoridade administrativa é quanto à existência de relações exclusivamente artificiais (como as absolutamente simuladas), compete ao Fisco, caso a caso, demonstrar a artificialidade das operações, mas jamais pressupor que a só existência de ágio entre partes dependentes ou com o emprego de “empresa-veículo” já seria abusiva.

Sobre o emprego da “empresa-veículo”, a sua rejeição apriorística contraria o disposto no art. 2º, § 3º, da Lei n. 6.404/1976 (o qual faculta a criação de holding “como meio de realizar o objeto social, ou para beneficiar-se de incentivos fiscais”).

Não há proibição legal para que uma sociedade empresária seja criada como “veículo” para facilitar a realização de um negócio jurídico; inclusive há razões reais (“propósito negocial”) para tanto, pois é possível que as pessoas jurídicas originais queiram manter sua segregação por diversas razões (estratégicas, econômicas, operacionais...).

A propósito, quando a investidora é empresa estrangeira, é ainda mais justificável a constituição de uma “empresa-veículo”, por algumas razões práticas: confere mais segurança quanto à possibilidade de se valer da norma interna de dedução do ágio (o que não aconteceria se a incorporação fosse internacional); permite a negociação com base na moeda local; pode facilitar a realização de operações locais (por exemplo, dispensar garantias que seriam exigidas do investidor internacional) etc.

Assim, filio-me à orientação de que:

A Lei nº 9.532/1997 e a Lei nº 12.973/2014 apenas exigem a confusão patrimonial entre a pessoa jurídica que detém participação societária e a sociedade adquirida, não fazendo qualquer alusão, ainda que implícita, ao

suposto "real adquirente", que segundo a tese do Fisco, teria fornecido os recursos financeiros ou ofertado garantia para aquisição do investimento.

(SANTOS, Ramon Tomazela. *Ágio na Lei 12.973/2014: aspectos tributários e contábeis*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022)

Em resumo, compreendo que a existência do ágio interno (ao menos até 2014) ou a constituição de sociedade-veículo não podem, por si sós, configurar impedimento para a dedução do ágio.

O mais importante, nessas situações, é investigar se: Houve efetiva aquisição de participação societária? Há efetivo custo (sacrifício) de aquisição? Resta demonstrado que o ágio corresponde à diferença entre o custo de aquisição e o valor patrimonial do investimento está fundamentado na expectativa de rentabilidade futura? Houve absorção do patrimônio da investida ou da investidora por meio de incorporação, fusão ou cisão?

[...]

Há efetiva aquisição/alienação de participação societária?

(DIAS, Karem Jureidini; LAVEZ, Raphael Assef. "Ágio interno" e "empresa-veículo" na jurisprudência do CARF: um estudo acerca da importância dos padrões legais na realização da igualdade tributária In: *Análise de casos sobre aproveitamento de ágio: IRPJ e CSLL à luz da jurisprudência do CARF*. PEIXOTO, Marcelo Magalhães; FARO, Maurício Pereira (coord). São Paulo: MP Editora, 2016)

No caso concreto, adotando o cenário fático narrado na sentença e no acórdão, entendo não ter sido demonstrado que as operações entabuladas pela parte recorrida foram atípicas, artificiais ou desprovidas de função social.

[...]

No presente caso, a contribuinte destaca, ainda, que o grupo controlador já detinha quando da aquisição da investida, o controle de outras quatro empresas operacionais no país e que se a aquisição se desse por meio de qualquer uma delas o ágio seria igualmente dedutível e não haveria o questionamento sobre a real existência dessas empresas no contexto da operação.

Em linha com o precedente do STJ acima citado, entendo que, neste contexto, a opção do grupo controlador no exterior de realizar a aquisição por meio de uma nova empresa (holding) criada para tal fim, ao invés de lançar mão de uma outra empresa já controlada, se situa dentro da esfera de liberdade do contribuinte para organizar seus negócios (visando manter a segregação de atividades, p.ex), inclusive por razões de economia fiscal.

De todo o exposto concluo, no presente caso, que não tendo o Fisco trazido elementos que pudessem desconsiderar a existência da empresa-veículo, e inexistindo questionamento quanto à efetividade do ágio e do negócio realizado entre partes independentes, entendo que restaram presentes os requisitos suficientes a autorizar a sua amortização.

Pelo exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso fazendário neste ponto.

Assinado Digitalmente

Luiz Tadeu Matosinho Machado