



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10980.724561/2017-11
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1201-003.288 – 1ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 11 de novembro de 2019
Recorrente IBQ INDÚSTRIAS QUÍMICAS S/A
Interessado FAZENDA NACIONAL

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

Exercício: 2012, 2013, 2014, 2015

INCORPORAÇÃO DE EMPRESA. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO NA AQUISIÇÃO DE AÇÕES.

Nos termos do art. 7º da Lei nº 9.532/1997, a pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, cisão ou fusão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio, pode amortizar, na apuração do lucro real, o valor do ágio cujo fundamento seja a expectativa de rentabilidade futura, à razão de sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL.

Aplica-se à tributação reflexa idêntica solução dada ao lançamento principal, em face da estreita relação de causa e efeito entre ambos.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria, em dar provimento ao Recurso Voluntário. Vencidos os conselheiros Allan Marcel Warwar Texeira, Efigênio de Freitas Junior e Lizandro Rodrigues de Sousa.

(assinado digitalmente)

Lizandro Rodrigues de Sousa – Presidente

(assinado digitalmente)

Alexandre Evaristo Pinto – Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Neudson Cavalcante Albuquerque, Luis Henrique Marotti Toselli, Allan Marcel Warwar Teixeira, Gisele Barra Bossa, Efigênio de Freitas Júnior, Alexandre Evaristo Pinto, Bárbara Melo Carneiro e Lizandro Rodrigues de Sousa (Presidente).

Fl. 2 do Acórdão n.º 1201-003.288 - 1ª Sejul/2ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo nº 10980.724561/2017-11

Relatório

Para melhor descrição da controvérsia, adoto relatório da r. decisão proferida pela DRJ, complementando-o ao final:

Trata-se de impugnação aos lançamentos fiscais de IRPJ e CSLL relativo ao ano-calendário de 2012, 2013, 2014, 2015, incidentes sobre glosa de exclusão irregular de despesa com ágio, acrescidos de multa de ofício qualificada de 150% e de juros de mora, além de multa isolada, conforme abaixo detalhado:

| IRPJ | |
|------------------------------------|----------------------|
| Imposto | 12.851.274,66 |
| Juros de Mora | 4.124.976,79 |
| Multa de ofício qualificada | 19.276.911,98 |
| Multa isolada | 4.988.943,33 |
| Valor do Crédito Tributário | 41.242.106,76 |

| CSLL | |
|------------------------------------|----------------------|
| Contribuição | 4.653.098,90 |
| Juros de Mora | 1.494.063,21 |
| Multa de ofício qualificada | 6.979.648,33 |
| Multa isolada | 2.162.484,06 |
| Valor do Crédito Tributário | 15.289.294,50 |

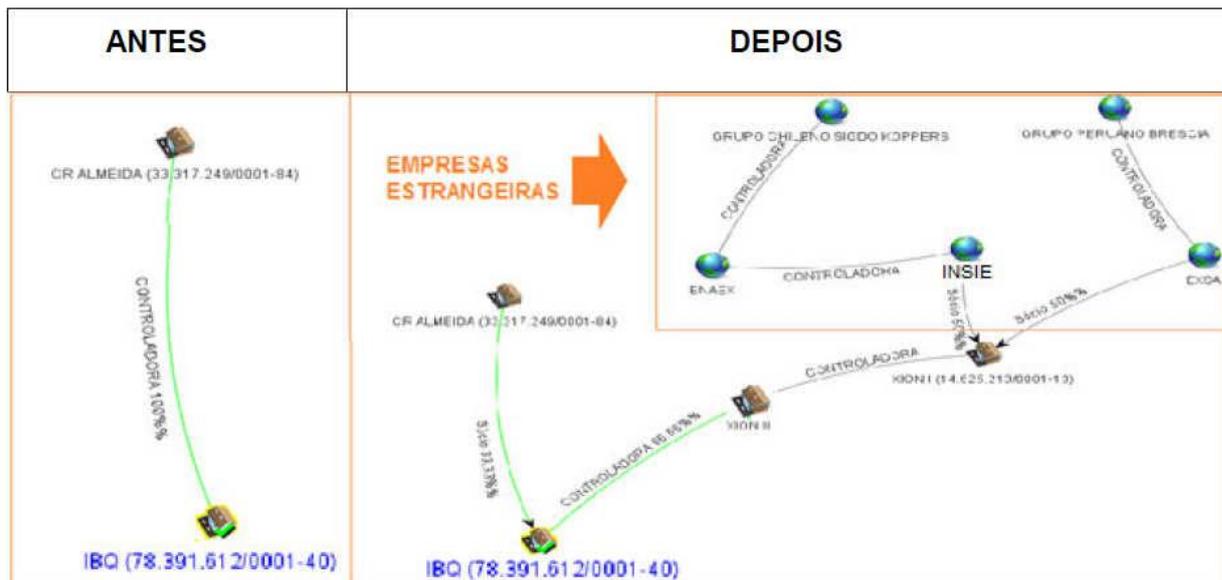
A Fiscalização informa que nos anos-calendário de 2012 a 2015, verificou que a contribuinte deixou de recolher IRPJ e CSLL, incidentes sobre glosa de exclusão irregular de despesa com ágio, constante do patrimônio de pessoa jurídica incorporada pela empresa no ano de 2012 – XION II PARTICIPAÇÕES S/A, CNPJ 15.061.612/0001-61. A empresa fiscalizada, fundada em 1961, atua no segmento de fabricação de explosivos civis e desmonte de rochas, no qual é líder, e atualmente pertence a um grupo econômico de origem chilena, denominado Sigdo Koppers S/A.

No período auditado a empresa foi optante pelo Lucro Real, com apuração anual e antecipações mensais de pagamentos por estimativa.

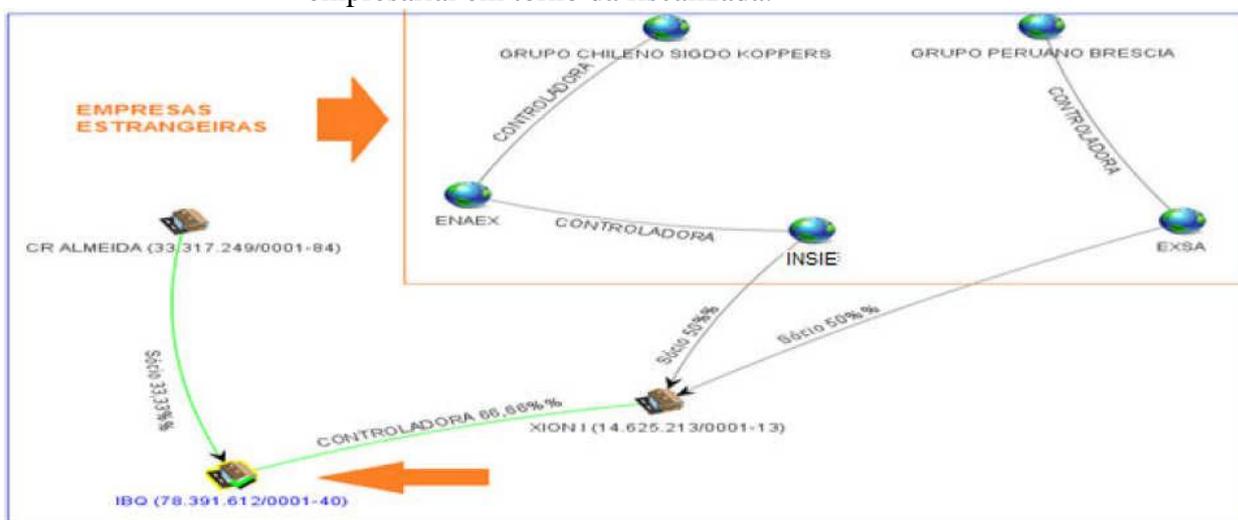
Do Contexto da Ação Fiscal

O objetivo da ação fiscal foi analisar as circunstâncias e os efeitos tributários da reorganização societária que envolveu a fiscalizada no AC 2012, momento em que até então a contribuinte tinha como exclusiva proprietária de seu capital a sociedade CR ALMEIDA S/A ENGENHARIA E CONSTRUÇÕES - CNPJ 33.317.249/0001-84, vindo a se alterar tal situação em 14/06/2012, quando a empresa XION II PARTICIPAÇÕES S/A – CNPJ 15.061.612/0001-61 adquiriu 2/3 das ações da fiscalizada, mediante o pagamento de R\$ 219.000.000,00 (sendo R\$ 159.876.491,13 pagos a título de ágio, com fundamento em expectativa de rentabilidade futura), tornando-se sua nova controladora.

Ilustração da estrutura organizacional da fiscalizada, antes e depois da mencionada negociação:



No entanto, poucos meses após tal operação (em 01/12/2012), num movimento em sentido contrário, a fiscalizada IBQ adquiriu a integralidade das ações da XION II e incorporou sua controladora, passando a deduzir mensalmente, a partir de então, 1/60 do ágio fundado em rentabilidade futura, contabilizado na XION II, em razão da operação anteriormente relatada, resultando, no fim de 2012, na seguinte estrutura empresarial em torno da fiscalizada:



Com o objetivo de aprofundar a análise das circunstâncias que envolveram tais fatos, instauraram-se diversos procedimentos de diligência fiscal ao longo do ano de 2017, tanto na autuada como em outras empresas nacionais ligadas direta ou indiretamente ao fato:

- Na IBQ o procedimento de diligência fiscal teve início em 07.02.2017 (TDPF-D 09.0.01.00-2017-00002-3), sendo realizados diversos pedidos de documentos e informações (doc. 6), os quais foram atendidos no prazo estabelecido (doc. 7).
- Na XION I PARTICIPAÇÕES S/A (CNPJ 09.0.01.00-2017-00021-0), foi realizada diligência a partir de 21.03.2017 (TDPF-D

09.0.01.00-2017- 00021-0), sendo requeridos diversos documentos e informações (doc. 8), todos atendidos no prazo estabelecido (doc. 9).

c) Na vendedora CR ALMEIDA S/A ENGENHARIA E CONSTRUÇÕES (CNPJ 33.317.249/0001-84), a diligência foi realizada a partir de 27.03.2017 (TDPF-D 09.0.01.00-2017-00024-4), sendo requeridos diversos documentos e informações (doc. 10), todos atendidos no prazo estipulado (doc. 11).

d) Na MOORE STEPHENS LIMA LUCCHESI AUDITORES INDEPENDENTES (CNPJ 60.525.706/0001-07), foi realizada diligência a partir de 31.07.2017 (TDPF-D 09.0.01.00-2017-00061-9), sendo requeridos diversos documentos e informações (doc. 12), todos entregues no prazo estabelecido (doc. 13).

Em razão das evidências obtidas nesse período, em 27/04/2017 o procedimento de diligência na IBQ foi convertido em fiscalização (TDPF-F 09.0.01.00-2017- 00032-5 - doc. 38), sendo requeridos da fiscalizada novos esclarecimentos sobre o fato (doc. 14), o que também foi atendido no prazo estipulado (doc. 15).

Discorre sobre a legislação e a doutrina aplicáveis.

Da reorganização societária realizada

Informa que com o fim de melhor esclarecer os atos realizados, dividiu o estudo da operação em duas fases.

Da primeira fase (da compra de participação na IBQ pela XION II, em 14.06.2012)

Conforme pode ser constatado durante a ação fiscal, as negociações para a alienação da participação sob exame se iniciaram ao fim do ano de 2011, no período que se denominou “diligência devida”, época em que representantes dos grupos interessados na compra (SIGDO KOPPERS e BRESCIA) passaram a levantar dados socioeconômicos e financeiros da IBQ e a vendedora, por sua vez, passou a efetuar diversas medidas de adequação das empresas do grupo à nova estrutura empresarial a ser formada com a venda da participação, em especial as seguintes alterações sociais na IBQ:

- a. Transformação de Sociedade Limitada para Sociedade Anônima, em 28.10.2011 (doc. 16);
- b. Redução do capital social de R\$ 182 milhões para R\$ 68 milhões, em 31.10.2011 (doc 17);
- c. Alteração no Estatuto Social quanto à autorização da Diretoria para realizar atos e firmar contratos em geral, em 07.02.2012 (doc. 18);
- d. Novo aumento do capital social da IBQ, em 17.05.2012 (de R\$ 68 milhões para R\$ 69 milhões, a pedido dos promitentes compradores), mediante retorno de parte do patrimônio anteriormente retirado (doc. 19).

Concomitantemente a tais medidas, representantes dos grupos interessados na compra, em evidente planejamento tributário, passaram a executar diversos atos preparatórios visando à aquisição da participação

pretendida, em especial, a constituição de duas pessoas jurídicas nacionais (XION I e XION II) a serem utilizadas na intermediação do negócio.

Tais preparativos tiveram seu auge em 29.03.2012, com a celebração de um acordo denominado CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE AÇÕES E OUTROS COMPROMISSOS (documento redigido originalmente em inglês, sob o título: SHARE PURCHASE AGREEMENT AND OTHER COVENANTS), estabelecendo as condições de fechamento do negócio entre a vendedora (CR ALMEIDA) e as compradoras estrangeiras (as empresas chilenas ENAEX e INSIE, ambas do grupo SIGDO KOOPERS) e a empresa peruana EXSA (do grupo BRESCIA).

Das disposições do acordo firmado em 29/03/2012

Tal acordo, já em seu preâmbulo, deixa claro quais seriam as efetivas compradoras da participação na IBQ, ou seja: a empresa peruana EXSA e as empresas chilenas ENAEX/INSIE.

CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE ACOES E OUTROS COMPROMISSOS

[SHARE PURCHASE AGREEMENT AND OTHER COVENANTS]

Por este instrumento particular, as partes (doravante denominadas em conjunto como "Partes" e, individualmente, como "Parte"), de um lado,

CR ALMEIDA S/A ENGENHARIA E CONSTRUÇÕES, sociedade anônima constituída e existente sob as leis do Brasil, com sede na Av. Teofilo Otoni 63, 3º andar, Rio de Janeiro, Estado do Rio de Janeiro, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 33.317.249/0001-84, aqui representada na forma contida em seus atos societários por Marco Antonio Cassou e João Alberto Gomes Bernacchio (doravante "CR Almeida" ou "Vendedora"); e, do outro,

EXSA S.A., uma empresa constituída e existente de acordo com as leis do Peru, com sede na Antigua Panamericana Sur, Km 38.5, Distrito de Lurín, Provincia y Departamento de Lima, Peru, aqui representada na forma contida em seus atos societários por Karl Maslo Luna (doravante "Exsa"); e

ENAEX S.A., uma empresa constituída e existente sob as leis do Chile, com sede na Renato Sánchez 3859, Las Condes, Santiago, Chile, aqui representada na forma contida em seus atos societários por Juan Andrés Errázuriz Domínguez (doravante "Enaex" e, em conjunto com a Exsa, aqui denominada "Compradora");

e também, na qualidade de Partes Intervenientes e Anuentes,

INVERSIONES Y SERVICIOS INTEGRALES DE ENERGÍA LIMITADA, uma empresa de responsabilidade limitada constituída e existente em conformidade com as leis da República do Chile, com sede na Renato Sánchez 3859, Las Condes, Santiago, Chile, aqui representada na a forma contida em seus atos societários por Juan Andrés Errázuriz Domínguez, empresa de propriedade da ENAEX S.A. (doravante "INSIE"); e

IBQ - INDÚSTRIAS QUÍMICAS S/A, sociedade anônima constituída e existente sob as leis do Brasil, com sede na Rodovia Régis Bittencourt (BR-116), s/nº, Km 71, Florestal, na cidade de Quatro Barras, Estado do Paraná, CEP 83420-000, inscrite no CNPJ/MF sob n.º 78.391.612/0001-40, aqui representada na forma contida em seus atos societários por Antonio Luiz Cyrino de Sá e Carlos Alberto Duque (doravante "IBQ" ou "Empresa")

Foi por meio desse instrumento que as partes fixaram as regras (valores, direitos, obrigações, prazos, condições e penalidades) que nortearam a alienação das ações da fiscalizada, conforme pode ser observado nos

trechos abaixo destacados, que esclarecem o objeto do feito (compra e venda de 45.333.334 ações da fiscalizada IBQ), o preço da alienação (R\$ 219 milhões de reais), a data limite de conclusão da alienação (27.07.2012) e as penalidades aplicáveis à parte responsável pelo não fechamento do negócio.

2.3 Como resultado da aquisição das Ações Objeto pela Compradora e a transferência de referidas Ações Objeto da Vendedora para a Compradora, o capital social total com direito a voto da Empresa será, na Data de Conclusão, dividido entre os acionistas conforme a seguir:

| Acionista | Ações | Participação Societária |
|---|------------|-------------------------|
| Compradora | 45.333.334 | 2/3 |
| CR Almeida S/A Engenharia e Construções | 22.666.666 | 1/3 |
| Total | 68.000.000 | 100% |

3.1 Preço de Aquisição Base. Sujeito aos ajustes do Preço de Aquisição estabelecidas na cláusula 3.5, o preço de compra inicial para todas as Ações Objeto é duzentos e dezenove milhões e duzentos mil reais (R\$ 219.200.000,00), equivalente a 2/3 (dois terços) do valor da Empresa de trezentos e setenta e quatro milhões de reais (R\$ 374.000.000,00) menos a Dívida Líquida Base de quarenta e cinco milhões e duzentos mil reais (R\$ 45.200.000,00), e deverá ser pago na Data de Conclusão, em consideração à cessão e transferência das Ações Objeto ("Preço de Aquisição Base") por meio de transferência bancária dos recursos imediatamente disponíveis para as contas da Vendedora conforme designado no Anexo 3.2 do presente.

3.1 Preço de Aquisição Base. Sujeito aos ajustes do Preço de Aquisição estabelecidas na cláusula 3.5, o preço de compra inicial para todas as Ações Objeto é duzentos e dezenove milhões e duzentos mil reais (R\$ 219.200.000,00), equivalente a 2/3 (dois terços) do valor da Empresa de trezentos e setenta e quatro milhões de reais (R\$ 374.000.000,00) menos a Dívida Líquida Base de quarenta e cinco milhões e duzentos mil reais (R\$ 45.200.000,00), e deverá ser pago na Data de Conclusão, em consideração à cessão e transferência das Ações Objeto ("Preço de Aquisição Base") por meio de transferência bancária dos recursos imediatamente disponíveis para as contas da Vendedora conforme designado no Anexo 3.2 do presente.

6.6 Penalidade. Se a Conclusão não ocorrer até 27 de julho de 2012, por ato deliberado ou omissão de uma das Partes e atribuível exclusivamente à tal Parte, ou pelo fato de quaisquer das Partes não terem cumprido qualquer uma das obrigações estabelecidas na Seção 6 do presente, a Parte infratora será responsável pelas perdas e danos a que der causa, conforme descrito na Seção 12, além de sofrer multa pecuniária simples e não compensatória no valor de dez por cento (10%) do montante do Preço de Aquisição Base, devida à Parte inocente, no prazo de dez (10) Dias Úteis, contados a partir da notificação pela Parte inocente à Parte infratora, informando o inadimplemento, corrigida monetariamente pela variação positiva do IGP-M/FGV e com acréscimo de juros de um por cento (1%) ao mês, calculado pro rata die, desde a data do até a data do efetivo pagamento.

Esse acordo estabeleceu, também, uma série de obrigações a serem cumpridas pelas partes envolvidas, antes e depois da conclusão do negócio, como por exemplo: 1) a obrigação de o Grupo CR ALMEIDA reorganizar as atividades de suas empresas, de forma concentrar na IBQ todas as atividades ligadas a explosivos e, também, 2) a obrigação de as partes fundirem seus negócios no Panamá, até então realizados por intermédio da empresa PROEXSA (controlada da IBQ) e pela IMBLAST (controlada da EXSA), visando a assegurar a união do novo grupo a ser formado com o fechamento do negócio.

No contrato, as compradoras deixam claro o efeito vinculante do compromisso consignado e informam que detêm plenos poderes para assumir e cumprir tais obrigações, bem como indenizar a vendedora em caso de inadimplemento, sendo desnecessário qualquer ato social adicional autorizativo para concluir o negócio.

Consta do acordo, ainda, que as compradoras poderiam ceder seus direitos e obrigações contratuais a uma designada cessionária (função que acabou sendo desempenhada, na verdade, por duas PJ nacionais: a XION I PARTICIPAÇÕES S/A e a XION II PARTICIPAÇÕES S/A), e tal empresa assumiria a condição de compradora na negociação, sem que isso significasse a retirada de responsabilidade de quaisquer das compradoras pactuantes (EXSA e ENAEX/INSIE), permanecendo tais pessoas jurídicas vinculadas às obrigações assumidas, restando proibido alterar as disposições do acordo sem seus consentimentos.

Ao final do acordo, assinaram os representantes das empresas EXSA e ENAEX (na condição de parte compradora) e a INSIE (na condição de interveniente).

Da análise desse acordo, como conclusão, resta claro que as partes envolvidas procuram fixar todas as disposições necessárias ao exato cumprimento de suas vontades (inclusive prevendo a incidência de multa, para o caso não cumprimento das obrigações), cabendo a ambos os lados simplesmente executar as ações ajustadas até o fechamento do negócio, em especial a cessionária dos direitos e obrigações das compradoras no acordo (XION II) que, em razão do nível de detalhamento do feito, deve ser entendida aqui como mera mandatária das efetivas compradoras na operação (as empresas estrangeiras).

Outros atos da fase preparatória

Após assinatura desse feito, em 29.03.2012, a fase preparatória teve seguimento com a realização de diversas alterações sociais no âmbito tanto da XION I (doc. 22) como da XION II (doc. 23), nomeando-se a mesma pessoa física para o cargo de diretora presidente de ambas as empresas (a advogada ALINE MELLO BRANDÃO – CPF 047.874.697-03), e alterando a forma de atuação das duas PJ para *holding*, diferindo-se uma empresa da outra apenas no fato de XION I (formada pela sociedade direta e paritária da peruana EXSA e da chilena INSIE) ter sido posicionada como controladora da XION II.

Com a aproximação da data de fechamento do negócio, as compradoras estrangeiras forneceram e internalizaram os recursos necessários à quitação da compra da participação na IBQ (220 milhões de reais), conforme demonstram os contratos de câmbio fornecidos pela fiscalizada (doc. 24), com base nos quais confeccionou-se a planilha abaixo:

| CONTRATO DE CAMBIO | DATA | VALOR EM R\$ | REMETENTE | DESTINATÁRIO |
|--------------------|------------|----------------|-----------|--------------|
| 104843701 | 15/05/2012 | 109.600.000,00 | EXSA | XION I |
| 104844012 | 15/05/2012 | 109.600.000,00 | INSIE | XION I |
| 104844206 | 15/05/2012 | 418.068,65 | EXSA | XION I |
| 104843506 | 15/05/2012 | 418.068,65 | INSIE | XION I |

Assim, em vez de realizar diretamente o negócio, nos termos do compromisso de compra e venda firmado entre as partes (doc. 21), as estrangeiras preferiram interpor no negócio pessoas jurídicas nacionais, mandatárias suas, capitalizando, primeiramente, a empresa XION I, que passou de um capital social integralizado de R\$ 100,00 para 219.200.000,00, conforme consta na alteração social de 15.05.2012 (doc. 22), para numa etapa sucessiva transferir e utilizar esses mesmos recursos na capitalização da XION II, que alterou seu capital social integralizado de R\$ 100,00 para R\$ 219.200.100,00, conforme consta na alteração social de 01.06.2012 (doc. 23).

De posse dos recursos fornecidos pelas investidoras estrangeiras, a XION II pagou à vendedora CR ALMEIDA o valor acordado, repassando-lhe diretamente em conta corrente o montante de R\$ 192.852.020,82 (em 14.06.2012) e depositando R\$ 26.347.979,18 em conta garantia - ESCROW ACCOUNT, no Deutsche Bank S/A (docs. 25 e 26), valor que foi sacado em definitivo pela compradora em duas etapas (01.08.2012 e 01.04.2013).

Com isso, em 14.06.2012, a XION II passou a ser controladora direta da IBQ, assumindo 2/3 de seu capital social (alteração de 14.06.2013 - doc. 27), situação que fez constar em seu imobilizado, mediante registro do valor patrimonial do investimento e do ágio pago na operação.

Colaciona ao Termo de Verificação Fiscal várias imagens dos contratos e demais documentos com o intuito de demonstrar os pontos percorridos.

Da segunda fase (incorporação da XION II pela investida IBQ, em 01.12.2012)

Na segunda fase da operação, iniciada após a aquisição da participação na IBQ pela compradora, em 14.06.2012, a diretoria da fiscalizada foi alterada, de forma a refletir a nova formação de seu capital social (doc. 28). No entanto, todos os representantes escolhidos pela da nova sócia majoritária (XION II) para atuar junto à IBQ foram executivos de origem peruana ou chilena, tendo sido mantida apenas a advogada ALINE MELLO BRANDÃO, como diretora-presidente da XION I e XION II e mandatária nacional dos interesses da EXSA e INSIE, a fim de concluir os atos da reorganização societária em curso.

A auditoria não localizou qualquer ato de gestão ou de governança corporativa (atribuições para as quais tais empresas foram criadas), tendo sido localizados apenas atos relacionados à reorganização societária da IBQ, tais como ajustes estatutários, contratação de consultorias, etc.

Verificou que poucos meses após a compra da participação da IBQ os sócios da XION II esqueceram-se do propósito negocial que norteou a constituição dessa empresa (governança corporativa) e passaram a defender a sua incorporação e extinção pela controlada IBQ, sob o argumento de que tal procedimento poderia tornar o negócio mais eficiente, ágil e capaz de obter melhores índices econômico-financeiros, possibilitando alcançar melhor desempenho, solidez e melhor aproveitamento dos recursos do mercado.

De fato, a incorporação, efetivamente, veio a ocorrer em 01.12.2012, quando a fiscalizada IBQ, numa operação reversa, incorporou em

definitivo a sua controladora XION II, passando à condição de sucessora dos direitos e obrigações de tal empresa, inclusive quanto ao direito de amortização do ágio pago por suas próprias ações na primeira parte da operação, em 14.06.2012 (docs. 29 e 30).

Com isso, a empresa XION I passou a ser controladora direta de 2/3 da IBQ (docs. 29 e 30), o que, na prática, transferiu o comando dessa empresa às efetivas compradoras na operação (EXSA e INSIE), pessoas jurídicas estrangeiras que, de fato, negociaram o preço e as demais condições do negócio, bem como arcaram com os custos da compra, uma vez que a XION I nunca passou de um mero CNPJ que tinha à sua frente advogada (ALINE BRANDÃO) contratada para viabilizar a compra da participação na maior empresa de explosivos brasileira, mediante a utilização de um planejamento tributário artificial e abusivo, aplicado com o único objetivo de economia tributária.

DO USO DE EMPRESA VEÍCULO

Especificamente sobre a empresa XION II, tal empresa foi constituída em 24.01.2012, sob a denominação BOYTON PARTICIPAÇÕES LTDA, tendo como sócios os advogados Olavo Lira Barbosa e Alexandra Furlaneti de Medeiros, com capital social simbólico de R\$ 100,00 e endereço firmado na Rua Álvares Penteado, 97, 4º Andar - Sala 1 - Centro - São Paulo - SP (doc. 23). A sua data de constituição coincide com o período denominado “*diligência devida*” pelas partes da negociação, sendo a partir daí realizadas diversas alterações na estrutura dessa empresa, a fim de adequá-la ao planejamento tributário idealizado pelas compradoras.

A XION II teve uma existência meramente formal e que não passou de um CNPJ posto no meio do caminho a fim de simular a ocorrência de fatos previstos na norma que, se de fato ocorridos, seriam capazes de gerar economia tributária à parte compradora, mas que na realidade não passaram de encenação.

O endereço de instalação da empresa (Sala 1 do 4º Andar do N° 97 da Rua Álvares Penteado - Centro - São Paulo-SP) era, na verdade, um escritório contábil, cujo local à época era compartilhado com diversas outras empresas de natureza semelhante à XION II.

Além disso, os próprios sócios iniciais da empresa (Olavo Lira Barbosa e Alexandra Furlaneti de Medeiros) declaravam residência no mesmo local de instalação da empresa (doc. 23), indicando tratar-se de um mero endereço de correspondência, desprovido de qualquer efetividade comercial.

Em pesquisa às declarações previdenciárias da empresa, constantes do banco de dados da RFB (GFIPWEB), verificou-se que tal pessoa jurídica sempre declarou que não possuía qualquer trabalhador (empregado ou administrador) vinculado a si, pois sempre apresentou GFIP SEM MOVIMENTO, fato que reforça o indício de que a empresa nunca exerceu qualquer atividade econômica.

A contabilidade da XION II, no curto período de sua existência (AC 2012), registra apenas lançamentos vinculados a atos da reorganização societária realizada (ocasião em que houve a necessidade de transitar por

tal pessoa jurídica os recursos financeiros provenientes do exterior, fornecidos pelas reais compradoras estrangeiras EXSA e INSIE, aplicados na aquisição da participação na IBQ e no pagamento de profissionais contratados para assessorar a realização do negócio), tanto é que o seu único livro diário contém apenas 141 linhas (62 partidas dobradas).

Em nenhum momento a empresa XION II teve à frente de sua administração profissionais efetivamente gestores do negócio, pelo contrário, durante esse período a XION II teve como diretora-presidente basicamente a advogada ALINE MELLO BRANDÃO, contratada com a finalidade específica de conduzir o processo de reorganização societária. Tal advogada, inclusive, não representava apenas a XION II, mas todas as outras empresas ligadas ao pólo comprador na operação (XION I, EXSA e ENAEX/INSIE), conforme se comprova as diversas atas de assembleias realizadas ao longo do ano de 2012 (docs. 22 e 23).

A finalidade da contratação de ALINE MELLO BRANDÃO, no caso em apreço, fica clara ao analisar as diversas procurações ofertadas pelas compradoras estrangeiras, documentos que especificam que a sua obrigação era apenas representar os interesses de tais empresas, no estrito cumprimento das ordens verbais ou escritas recebidas, nos diversos investimentos que as outorgantes participavam no Brasil, ou seja, ALINE MELLO BRANDÃO não foi contratada para executar atos de gestão empresarial, mas simplesmente para cumprir as ordens de suas outorgantes (inclusive junto à XION II), conforme ilustra o trecho de procuração abaixo, cujo mesmo teor foi firmado tanto pela EXSA como pela INSIE (doc. 31):

2. conforme estabelecido nos artigos 1.074, §1º do Código Civil Brasileiro e 126, §1º da Lei nº 6.404, de 15.12.1976 ("Lei das Sociedades por Ações"), representar a Outorgante perante sociedades brasileiras, ora existentes ou que venham a ser constituídas, em que a Outorgante seja ou venha a ser sócia, acionista ou quotista ("Sociedades") e perante os demais sócios dessas Sociedades, podendo para tanto, no exclusivo e estrito cumprimento de instruções verbais ou escritas da Outorgante:

Aponta a ausência de efetivo propósito negocial ou substrato econômico na criação da XION II, situações evidenciadas quando se constata que em momento algum essa pessoa jurídica realizou atos de governança corporativa para os quais foi idealizada sua criação (conforme já esclarecido), seja antes ou depois da compra da participação na IBQ em 14.06.2012, ainda mais quando se verifica que a XION II teve um curto período de existência e não contou com qualquer estrutura física (pessoal ou material) que possibilitasse o desempenho de qualquer atividade operacional.

Ressalta que a empresa XION II não participou das negociações que resultaram na assinatura do acordo firmado em 29.03.2012, que estabeleceu as condições para a alienação das ações da IBQ (em verdade seu nome sequer foi citado nas negociações).

Ademais, os valores utilizados na compra da participação pertenciam às estrangeiras e foram enviados ao Brasil às vésperas do fechamento do negócio.

Por fim, após a compra da participação na IBQ, a empresa XION II passou a contabilizar tal investimento e o ágio pago em seu imobilizado. No entanto, tal situação durou poucos meses, pois logo na sequência, em 01.12.2012, a XION II foi incorporada e extinta pela controlada IBQ, a qual passou imediatamente a amortizar 1/60 do ágio (excluir do lucro líquido no LALUR/LACS) pago na operação em 14.06.2012.

| Ano-Calendarário | 2012 | 2013 | 2014 | 2015 |
|--------------------------------|--------------|---------------|---------------|---------------|
| Exclusão do Ágio do Lucro Real | 2.664.608,19 | 31.975.298,28 | 31.975.298,28 | 31.975.298,28 |

Toda essa encenação foi, inclusive, reconhecida à época pela chilena ENAEX que, no ano de 2012, ao relatar seu Estado Financeiro em sua página oficial na internet, esclareceu que, em sociedade com a INSIE, havia adquirido 2/3 da participação na IBQ, por meio de uma empresa veículo brasileira, veja:

Cierre de Adquisición de Participación Mayoritaria en IBQ Brasil (Britanite).

Habiéndose cumplido las condiciones pactadas en el Contrato de Compraventa de Acciones de 29 de Marzo de 2012, informado en su oportunidad como Hecho Esencial, ENAEX S.A. ("ENAEX") y EXSA S.A. ("EXSA"), sociedad peruana controlada por el Grupo Brescia, con fecha 14 de junio de 2012, cerraron con la empresa brasileña CR ALMEIDA S/A ENGENHARIA E CONSTRUÇÕES, la adquisición, por partes iguales por EXSA y ENAEX, esta última a través de Inversiones y Servicios Integrales de Energía Limitada ("INSIE"), filial íntegramente perteneciente a ENAEX, de dos terceras partes (2/3) de IBQ Industrias Químicas S/A (Britanite). La adquisición se hizo por medio de un vehículo de inversión brasileño, XION II S.A., de propiedad paritaria de EXSA e INSIE, en las condiciones ya informadas oportunamente como Hecho Esencial.

(http://www.enaex.com/wp-content/uploads/2015/07/Memoria_2012.pdf, pg 146)

Reconhecimento esse que consta, também, do contrato da conta garantia (ESCROW ACCOUNT) firmado pelas partes junto ao Deutsche Bank S/A (doc. 26), deixando claro quais eram as compradoras na operação.

CONSIDERANDOS

CONSIDERANDO QUE a CR Almeida, a Exsa, a Enaex e a Insie realizaram um Contrato de Compra de Ações em 29 de março de 2012, segundo o qual a CR Almeida concordou em vender e a Exsa e a Enaex concordaram em adquirir da CR Almeida ações representando 2/3 (dois terços) do total de ações da IBQ (doravante denominado "SPA");

CONSIDERANDO QUE A XION é a empresa por meio da qual a Exsa, por um lado, e a Enaex e Insie, por outro lado, comprarão a supracitada participação na Empresa,

Em nenhum momento, a situação fática encontrada pela auditoria subsumiu-se à previsão legal (Lei 9.532/97 arts. 7º e 8º), que autoriza a amortização do ágio (fundado em expectativa de rentabilidade futura) apenas quando há efetiva união, numa só entidade, tanto do patrimônio de quem efetivamente pagou o ágio como do patrimônio que vai gerar os resultados futuros. No caso em apreço, não ocorreu o que a doutrina costuma chamar de critério pessoal e critério material, uma vez que em momento algum as pessoas jurídicas que de fato arcaram com o pagamento do ágio (EXSA e INSIE), e o investimento propriamente dito (localizado na IBQ), compartilharam uma só universalidade patrimonial.

DA INEXISTÊNCIA DE DEMONSTRATIVOS OU LAUDO TÉCNICO VÁLIDO

A fiscalizada, na condição de sucessora da XION II, após ser intimada e reintimada (em sucessivos pedidos de prorrogação de prazo, que totalizaram 80 dias - doc. 7) a apresentar os documentos que fundamentaram o valor do ágio pago na compra da participação em 14.06.2012 (ou seja, demonstrativos, estudos periciais ou laudos técnicos), entregou à auditoria ao fim do prazo o documento denominado **LAUDO DE AVALIAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA DA IBQ**, confeccionado pela **MOORE STEPHENS LIMA LUCCHESI AUDITORES INDEPENDENTES (CNPJ 60.525.706/0001-07)**, com data de emissão em 30.04.2012, cujo teor aponta a empresa XION II como contratante de tal serviço, em razão dessa empresa estar em negociação para aquisição de 2/3 das ações da IBQ.

Após ler tal documento, no entanto, chamou a atenção da auditoria o fato de que, apesar de o laudo ter sido emitido em 30.04.2012, constam em seu texto citações de diversos trabalhos realizados pela **Consultoria Moore Stephens** em períodos posteriores a essa data, o que por óbvio caracteriza uma grave inconsistência lógico-temporal.

Em razão disso, a auditoria requereu que a fiscalizada apresentasse o contrato de prestação do serviço firmado, os lançamentos contábeis envolvidos, as notas fiscais, os comprovantes de pagamento (TIF 1 – doc. 6), bem como o laudo de avaliação original (TIF 3 – doc. 6) e, em resposta a tais pedidos, a empresa entregou o requerido laudo original (ao que a auditoria o reteve lavrando o devido Termo de Retenção (doc. 32), deixando, porém, de apresentar os demais documentos, sob a alegação de não os haver localizado (doc. 7).

A auditoria intimou diretamente a Moore Stephens a entregar a sua versão do referido laudo e os demais documentos que não haviam sido entregues anteriormente pela fiscalizada. Como resposta, ao encaminhar as informações e documentos requeridos, a Moore Stephens argumentou que: 1) na verdade, a contratação de seus serviços não foi realizada pela XION II, mas sim pela empresa IBQ; 2) tal contratação ocorreu somente em 02.05.2013; 3) cometeu erro material ao firmar no laudo (de sua lavra) o dia 30.04.2012 como a data de sua emissão (data contemporânea à negociação), pois tal emissão somente ocorreu, de fato, em 30.04.2014 (doc. 13).

Primeiramente, cumpre-nos esclarecer que em abril de 2013, nos foi solicitada uma proposta para prestação de serviços à IBQ Indústrias Químicas S.A., para a elaboração do Laudo de Avaliação Econômico-Financeira da IBQ Indústrias Químicas S.A., na data-base de 31/12/2011, além da revisão do Estudo de PPA (Purchase Price Allocation), em relação ao valor pago pela Xion II Participações S.A. pela aquisição de participação societária na IBQ Indústrias Químicas S.A. Na ocasião da contratação de nossos serviços, conforme contrato de prestação de serviços, formalizado em 02/05/2013 (Doc. 06), a empresa Xion II Participações S.A. já havia sido incorporada pela IBQ Indústrias Químicas S.A.

Desta maneira, constatou-se a ocorrência de um erro material no Laudo de Avaliação Econômico-Financeira da IBQ Indústrias Químicas S.A., cuja data de emissão consta como 30/04/2012, mas deveria ser 30/04/2014. A linha do tempo ilustrada abaixo e os documentos anexados a esta Carta Resposta comprovam a incorreção da data de emissão e confirmam a efetiva emissão do Laudo em 30/04/2014.

Confrontadas, porém, tais justificativas com as inconsistências apontadas no laudo e nos demais documentos que circunstanciaram a contratação em apreço, entende-se que não há como aceitar tal documento como instrumento hábil a fundamentar o pagamento de ágio (a título de expectativa de rentabilidade futura) na operação em apreço, pois:

- a. se for considerada como correta a data apontada na resposta da consultoria (30.04.2014), haveria inconsistência quanto à natureza dos dados citados no laudo, pois tal documento aponta informações econômico-financeiras dos AC 2011/2012/2013 como se fossem meras projeções futuras e não como fatos já ocorridos, como seria de se esperar de um documento, lavrado em 30.04.2014.
- b. se for considerada como correta a data de emissão efetivamente anotada no laudo (30.04.2012), haveria inconsistência lógico-temporal quanto às citações dos trabalhos anteriormente realizados pela consultoria, contidas no laudo, pois lá constam trabalhos com datas posteriores à assinatura do documento;
- c. Se considerado correto que a contratação dos serviços se deu em 02.05.2013, haveria inconsistência com o próprio texto do laudo, que afirma categoricamente que a contratação dos serviços da consultoria foi realizada pela empresa XION II, quando na verdade tal empresa foi extinta ainda no AC de 2012, ao ser incorporada pela IBQ;

Ademais, faltaria independência e não há mesmo qualquer plausibilidade na alegada contratação, pela IBQ, dos serviços de consultoria independente da Moore Stephens para (após transcorridos praticamente dois anos de venda da participação na IBQ e extinta a “compradora” XION II), emitir um laudo isento sobre o valor de mercado da participação alienada, principalmente quando, ao encomendar tais serviços, a suposta contratante (IBQ) já havia incorporado a XION II e

vinha amortizando (desde 12/2012) o ágio gerado na operação de 14.06.2012, em razão da alegada expectativa de rentabilidade futura.

Todas essas inconsistências e incongruências, mais do que afastar a possibilidade de aceite do citado laudo (como instrumento hábil e capaz de fundamentar o pagamento do ágio com base em expectativa de rendimentos futuros), indiciam a ocorrência de fraude fiscal.

Esses eventos viciam o caso concreto e inviabilizam, por si só, a possibilidade de amortização do ágio. Cita extensa jurisprudência do CARF neste sentido.

Posto isso, é forçoso concluir pela irregularidade das amortizações do ágio pago na alienação da participação em apreço (efetuadas por meio de exclusão nos LALUR/LACS 2012 a 2015), devendo ser glosadas tais exclusões, a fim de recompor a base de cálculo e o IRPJ/CSLL incidentes do período auditado, bem como a diferença tributária a lançar.

Do Recálculo do IRPJ e CSLL devido

O IRPJ devido no período foi recalculado. Observa-se que em razão de a contribuinte haver apresentado Declarações de Compensação (DCOMP) de “SALDOS NEGATIVOS DO IRPJ” (doc. 34), deixou-se de deduzir do IRPJ lançado o valor do IRF retido no período, cujo montante foi utilizado pela empresa nas referidas declarações para compensação com outros tributos federais. Foi ajustado o limite de 30% de dedução de prejuízos fiscais de anos anteriores, conforme o novo valor encontrado do IRPJ devido na presente autuação, fato que alterou o saldo do prejuízo fiscal a deduzir nos períodos posteriores ao auditado.

No que se refere a CSLL, conforme o disposto no art. 57 da Lei no 8.981, de 1995, aplicam-se a essa contribuição as mesmas normas de apuração e de pagamento estabelecidas para o IRPJ. Em razão de a contribuinte haver apresentado Declarações de Compensação de “SALDOS NEGATIVOS DA CSLL” (doc 35), deixou-se de deduzir da CSLL lançada o valor dessa contribuição retido na fonte, cujo montante foi utilizado nas referidas declarações para compensação com outros tributos federais. Foi ajustado o limite de 30% de dedução da base negativa de CSLL de anos anteriores, conforme o novo valor encontrado da CSLL devida na presente autuação, fato que alterou o saldo da base negativa a deduzir nos períodos posteriores ao auditado.

Da multa

Em relação à infração relatada no presente instrumento (**exclusão indevida no LALUR/LACS do ágio pago na operação de 14.06.2012 da base de cálculo do lucro real nos AC 2012 a 2015**), cabe a aplicação da multa de ofício prevista no art. 44, inciso I, da Lei 9.430/96, com redação dada pela Lei 11.488/2007. O laudo técnico apresentado pela fiscalizada (documento retido pela auditoria, docs. 31) durante o presente procedimento fiscal é ideologicamente falso, **pois não foi emitido na data nele consignada (30.04.2012) e tampouco na data apontada pela consultoria responsável por sua emissão (em 30.04.2014 (doc. 31))**, haja vista que há elementos internos no referido laudo que conflitam com ambas as datas, indicando que tal documento foi, em verdade, “fabricado sob medida” para atender à demanda da presente auditoria fiscal, na

tentativa dolosa de iludir o fisco quanto à regularidade da amortização do ágio ora glosada.

Tal conduta caracteriza fraude fiscal, praticada pela fiscalizada, em conluio com a consultoria Moore Stephens, nos termos arts. 72 e 73 da Lei 4502/1964, cabendo em razão disso a qualificação da multa ofício, a fim de fixá-la no percentual de 150%, nos termos do art. 44, §1º, da Lei 9.430/96.

A infração praticada pela fiscalizada, objeto do presente lançamento, afetou a base de cálculo do IRPJ e CSLL calculados por estimativa, reduzindo indevidamente os valores de tais tributos a serem recolhidos mensalmente e, em razão disso, foi aplicada a multa isolada prevista no Art. 43, § único, c/c Art. 44, II, alínea “b”, da Lei 9.430/96. O valor final da multa aplicada representa 50% do montante do IRPJ/CSLL mensalmente devidos e não declarados.

A empresa apresentou IMPUGNAÇÃO, na qual argumenta, em síntese, que:

A aquisição da Requerente pela XION II está inserida no contexto de um investimento conjunto entre dois Grupos Econômicos atuantes no setor de explosivos. Portanto, a operação tinha efetiva razão econômica e negocial, tanto que a Fiscalização não imputou à Requerente nenhuma fraude, simulação ou dolo na forma de estruturação da operação. A operação estava revestida de pleno propósito negocial e substância econômica, existindo suporte contábil e jurídico para a amortização do ágio reconhecido sobre a integralidade do preço de aquisição da Requerente.

(A) A FORMAÇÃO DE UMA JOINT VENTURE ENTRE OS DOIS MAIORES GRUPOS ECONÔMICOS ATUANTES NO SETOR DE EXPLOSIVOS

No final de 2011, os Grupos peruano e chileno iniciaram as tratativas para constituir uma *joint venture* com o propósito de investirem no mercado brasileiro de explosivos.

(A) apesar de serem concorrentes, os Grupos Econômicos ainda não tinham presença no Brasil, de forma que poderiam unir esforços para explorar o mercado brasileiro de explosivos;

(B) o investimento conjunto mitigaria a exposição dos grupos aos riscos decorrentes do investimento no Brasil, em especial tendo em vista que nenhum dos Grupos tinha presença no mercado brasileiro;

(C) a *joint venture* viabilizaria a união de recursos dos dois grupos econômicos, fato que permitiria maiores investimentos visando à aquisição de sociedades brasileiras atuantes no setor de explosivos.

Com o objetivo de proceder à aquisição da Requerente, foi assinado Memorando de Entendimentos (Memorandum of Understanding - “MOU”) (doc. nº 5) entre as sociedades representantes dos adquirentes e a CR Almeida S.A. Engenharia e Construções (“CR Almeida”), pessoa jurídica que era a proprietária de 100% do capital da Requerente.

O MOU assinado em 09.06.2011 previa expressamente que as partes contratariam instituições financeiras com a finalidade de mensurar o

valor econômico da Requerente, com o objetivo de estabelecer o valor justo a ser pago na operação.

Em 29.03.2012, foi assinado o Contrato de Compra e Venda das Ações de 66,66% das ações da Requerente (doc. n.º 6), cujos direitos contratuais foram posteriormente cedidos para a XION II.

Dentre as obrigações dos Compradores estava a obrigação legal de pagar o Preço de Aquisição nos termos da cláusula 3.1 do Contrato de Compra e Venda das Ações no montante de R\$ 374 milhões. Note-se que tal valor econômico apontado na cláusula 3.1 do contrato para fins de cálculo do preço base de aquisição não foi uma estimativa sem bases econômicas. Uma transação entre os dois maiores grupos do setor de explosivos da América Latina, com pagamento de preço de R\$ 219 milhões, estava amparada em sólidos critérios econômicos que subsidiavam o valor atribuído às ações da sociedade adquirida.

(B) CONSTITUIÇÃO DAS SOCIEDADES HOLDINGS BRASILEIRAS PARA VIABILIZAR O INVESTIMENTO NO SETOR DE EXPLOSIVOS

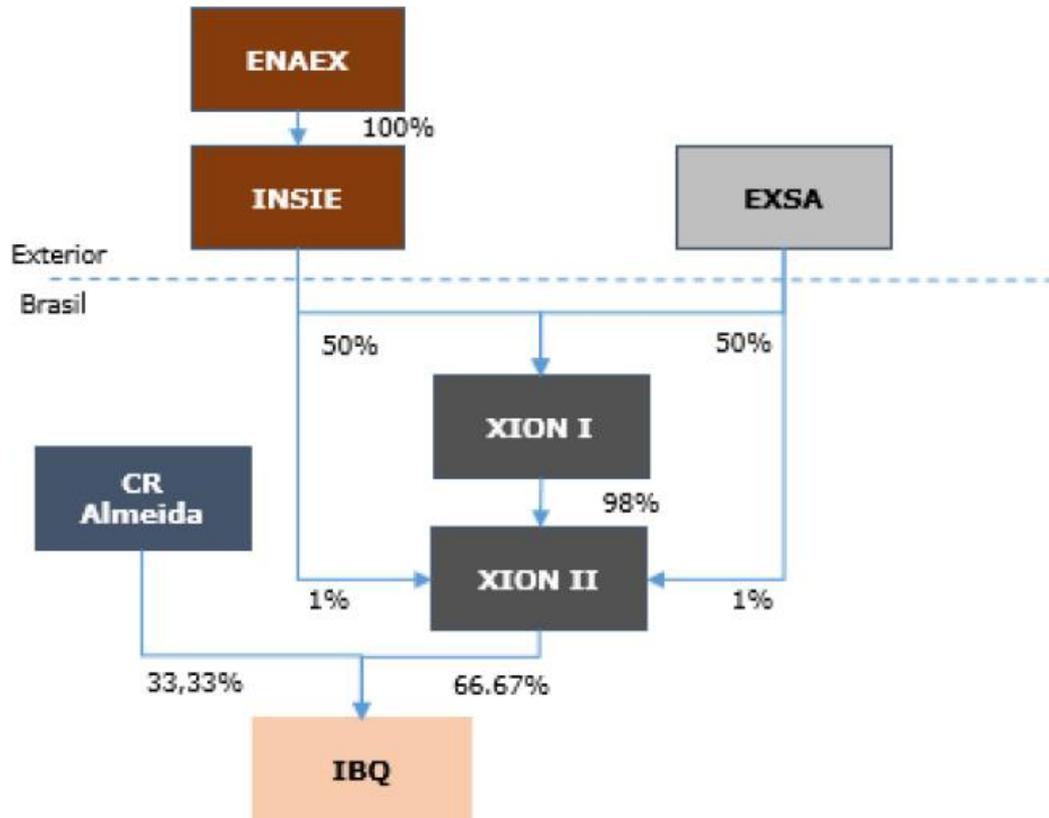
Os Grupos Econômicos Brescia e Sigdo Koppers constituíram a XION I Participações S.A. (“XION I”). A XION I, por sua vez, constituiu a sociedade XION II, viabilizando o compartilhamento dos riscos e benefícios decorrentes da *joint venture* celebrada entre os Grupos Econômicos Brescia e Sigdo Koppers no Brasil. A constituição de uma plataforma de investimentos no Brasil, através da constituição de duas entidades distintas, era importante para viabilização da governança corporativa do futuro investimento adquirido no Brasil, com facilitação das negociações com o Grupo CR Almeida. A manutenção de duas entidades independentes permitiria atingir os objetivos comerciais firmados com o Grupo CR Almeida:

(A) por um lado, a constituição da XION I permitia a manutenção de uma única entidade centralizando a governança e exercendo os seus direitos de voto na IBQ, caracterizando um bloco de controle e evitando que o Grupo CR Almeida tivesse complexas negociações sobre matérias acionárias com dois acionistas que eram concorrentes no mercado internacional de explosivos; e

(B) por outro lado, a constituição da XION II permitiu que o Grupo CR Almeida centralizasse os direitos e obrigações contratuais decorrentes da operação de compra e venda em um único veículo brasileiro, facilitando a execução de garantias contratuais e transferindo para a própria empresa operacional os direitos e obrigações contratuais contra os seus controladores. A estrutura daria muito mais garantias quanto à execução das obrigações por parte dos adquirentes, dando mais segurança jurídica à aquisição.

(C) AQUISIÇÃO DE 2/3 DA REQUERENTE PELA XION II Ao registrar em sua contabilidade o investimento adquirido, a XION II teve, por determinação legal (art. 20 do DL 1.598/77), que desdobrar o custo de aquisição do investimento em (i) patrimônio líquido adquirido; e (ii) ágio ou deságio. Como o valor de 66,66% do patrimônio líquido adquirido era de R\$ 54.805.211,10, a XION II contabilizou um ágio no

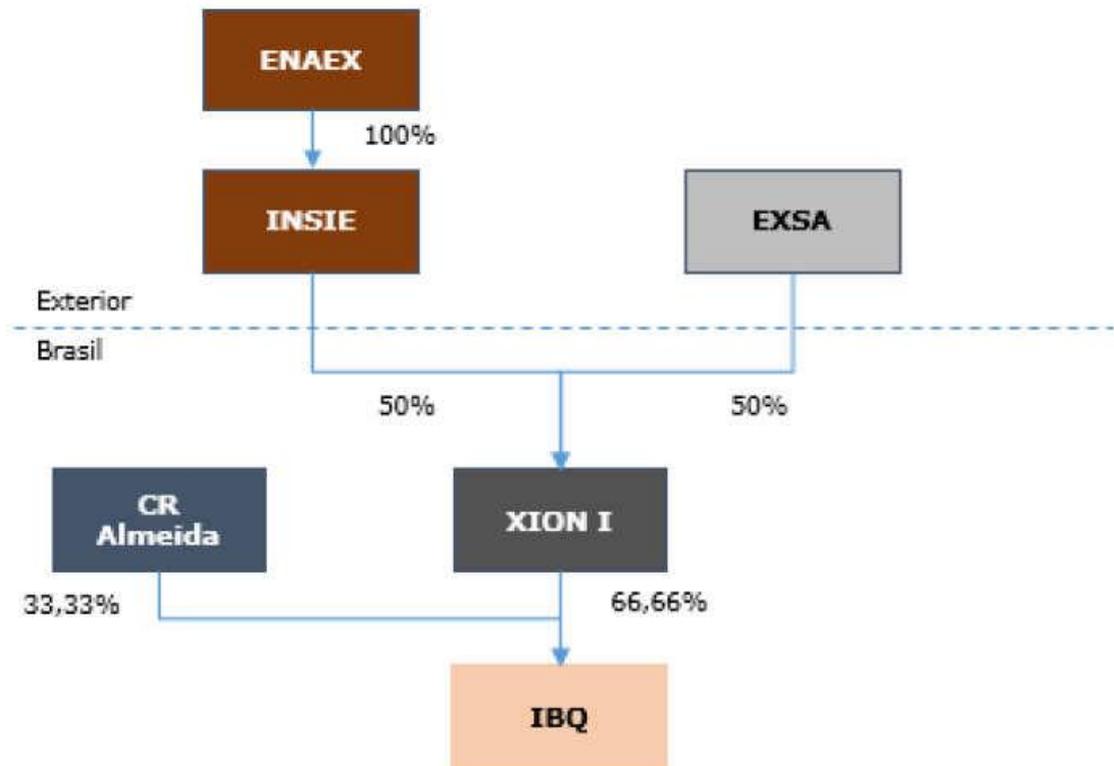
valor de R\$ 165.782.015,48 que, posteriormente, foi reduzido para R\$ 159.876.491,13 em razão de um ajuste contábil. A estrutura societária após a aquisição de 66,66% da Requerente pela XION II poderia ser graficamente apresentada da seguinte forma:



(D) INCORPORAÇÃO DA XION II PELA IBQ

Em 01.12.2012, conforme a Ata da Assembleia Geral Extraordinária da XION II (doc. nº 12), a XION II foi incorporada pela Requerente. Em seu protocolo de justificação, celebrado em 26.11.2012, as empresas justificaram que a integração estaria em linha com o estágio estratégico de administração da Requerente, bem como poderia propiciar um melhor desempenho e eficiência empresarial.

Após a incorporação da XION II, a Requerente teria cumprido todos os requisitos legais constantes dos artigos 7º e 8º Lei 9.532/97, com início da amortização do ágio para fins fiscais à razão de R\$ 2.664.608,18 por mês.



IV. O DIREITO: A EXISTÊNCIA DE CONFUSÃO PATRIMONIAL

O entendimento das Autoridades Fiscais está exclusivamente fundamentado na interpretação da legislação vigente, sem que exista nenhum vício de vontade (dolo, fraude, simulação ou abuso de direito) que modifique a formalidade jurídica dos atos praticados. A natureza jurídica de cada um dos passos deve ser respeitada, conferindo os efeitos tributários que lhes são típicos.

No presente caso, as alegações de fraude servem apenas para a qualificação da multa de ofício – em razão de suposta irregularidade no laudo de avaliação.

Não existe nenhuma alegação que desqualifique a natureza jurídica de atos praticados pela Requerente e pelo seu grupo econômico.

Todos os requisitos legais para a amortização fiscal do ágio foram observados, tanto sob uma perspectiva formal quanto sob uma perspectiva substancial.

O conceito de “real adquirente” não possui fundamento jurídico, de forma que o argumento da inexistência de “confusão patrimonial” é manifestamente improcedente.

A jurisprudência consolidada do E. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (“CARF”) é sólida no sentido de estabelecer que a aquisição de participação societária através de uma *holding* como “empresa veículo” não desnatura o direito ao aproveitamento fiscal do ágio.

(B) PRIMEIRO ARGUMENTO: O PREENCHIMENTO DE TODOS OS REQUISITOS LEGAIS PARA A AMORTIZAÇÃO FISCAL DO ÁGIO

- (i) A transação de compra de participação societária foi realizada entre partes independentes, envolvendo grupos econômicos não relacionados;
- (ii) Houve efetivo pagamento do preço (e do ágio) para aquisição da participação na Requerente, preço este incorrido por sociedade brasileira (XION II) para adquirir investimento em outra sociedade brasileira (a Requerente); e
- (iii) O fundamento econômico do ágio pago – a expectativa de rentabilidade futura da Requerente – por sociedade brasileira (XION II) estava embasado em Laudo de Avaliação preparado pela empresa especializada Merrill Lynch (doc. n.º 13), ratificado posteriormente pelo Laudo da Moore Stephens (fls. 882 a 920), emitido em 30.04.2014, confirmado por laudo atual contratado pela Requerente (doc. n.º 14).

(B.2) A PERMISSÃO LEGAL PARA A AMORTIZAÇÃO FISCAL DO ÁGIO PELA REQUERENTE

Todos os requisitos formais e substanciais exigidos pela legislação foram devidamente observados pela Requerente.

- (i) Primeiro Requisito: Aquisição de participação societária com pagamento de ágio;
- (ii) Segundo Requisito: Avaliação do investimento com base MEP, nos termos do artigo 248 da Lei das S.A.;
- (iii) Terceiro Requisito: Fundamentação do pagamento do ágio na expectativa de rentabilidade futura da sociedade adquirida; e
- (iv) Quarto Requisito: Incorporação, cisão ou fusão entre a sociedade adquirente e a sociedade adquirida (ou vice-versa).

O primeiro requisito (aquisição de investimento com pagamento de ágio) foi preenchido por meio da aquisição da Requerente pela XION II, com o pagamento em dinheiro para os vendedores. Além disso, mais do que atender à literalidade da norma fiscal (que exige apenas a aquisição do investimento com ágio), o custo foi incorrido e pago pela XION II em transação com partes independentes, o que é fato incontroverso nestes autos.

Com relação ao segundo requisito (investimento avaliado conforme o método da equivalência patrimonial), nos termos do artigo 248 da Lei das S.A., a partir da aquisição das quotas da Requerente pela XION II, a participação passou a ser registrada por meio do MEP, sendo fato incontroverso nestes autos.

Já no que diz respeito ao terceiro requisito (o ágio deve estar fundamentado na expectativa de rentabilidade futura da sociedade adquirida), o artigo 385 do RIR/99 determina que a pessoa jurídica que adquirir investimento sujeito ao MEP deve desdobrar o custo de aquisição do investimento em: (a) valor de patrimônio líquido na época da aquisição; e (b) ágio (ou deságio) apurado na operação, com indicação de sua fundamentação econômica.

O registro do investimento na Requerente foi realizado exatamente como determina o artigo 385 do RIR/99, com desdobramento do custo de investimento e registro de ágio com fundamento na expectativa de rentabilidade futura da Requerente.

Esse ágio estava fundamentado na expectativa de rentabilidade futura da Requerente, conforme atestam os seguintes laudos técnicos: (i) Laudo Econômico-Financeiro apresentado no procedimento de Fiscalização e elaborado pela Moore Stephens (fls. 882 a 920); (ii) bem como o Estudo Econômico elaborado pelo Banco Merrill Lynch (doc. nº13); e (iii) laudo confirmatório elaborado pela Apsis (doc. nº 14).

Ainda que se parta da premissa que o laudo de avaliação elaborado pela Moore Stephens não pode ser usado como meio de prova, o que se admite apenas para argumentar, a Requerente possui farta documentação que comprova e justifica o preço de aquisição pago para aquisição de suas ações.

Por fim, o quarto requisito (incorporação, cisão ou fusão entre a sociedade adquirida e adquirente) foi atendido por meio da incorporação da XION II na Requerente.

(B.3) O RACIONAL LEGISLATIVO DA AMORTIZAÇÃO FISCAL DE ÁGIO RECONHECIDO ENTRE PARTES PRIVADAS

Tece considerações sobre os motivos que levaram à edição dos artigos 7º e 8º da Lei 9.532/97.

(C) SEGUNDO ARGUMENTO: O CONCEITO DE “REAL ADQUIRENTE” NÃO POSSUI FUNDAMENTO JURÍDICO, de forma que o argumento da inexistência de “confusão patrimonial” é manifestamente improcedente.

(C.1.) A condição de Real Adquirente.

Do ponto de vista jurídico e para todos os fins legais, a XION II é efetiva adquirente das ações da Requerente. Para que os efeitos fiscais da aquisição das ações da Requerente pela XION II sejam desconsiderados, é necessário que exista algum vício que macule estes negócios jurídicos perfeitos e acabados. Em outras palavras, seria necessário que as operações fossem praticadas sem a existência de legítimos interesses empresariais e sem propósito comercial, com o objetivo exclusivo de permitir a utilização de um benefício ilegítimo.

O Artigo 110 do CTN estabelece que “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”.

As autoridades fiscais não podem mudar o conteúdo e o alcance do conceito de “adquirente” previsto no direito privado, com o intuito de exigir um tributo manifestamente improcedente. Dessa forma, o adquirente de determinada participação

societária deve ser a entidade que figura como compradora da participação societária (frise-se, em um caso que não tem nenhuma alegação de dolo, fraude, simulação ou abuso de direito com relação à estrutura adotada).

Sob qualquer perspectiva, o ágio foi pago e registrado pela XION II, que foi incorporada pela Requerente. Portanto, não existe nenhuma margem para questionar as seguintes afirmações: (a) o adquirente da participação

societária era a XION II para todos os fins de direito; (b) não existe nenhuma alegação de dolo, fraude, simulação ou abuso de direito que desloque a condição de adquirente para uma outra pessoa jurídica; e (c) o ágio amparado em transações com terceiros não relacionados foi pago pela XION II e reconhecido de acordo com a melhor técnica contábil.

Sendo assim, quando da incorporação da XION II pela Requerente (Passo 2), ocorreu a perfeita subsunção da norma prevista no artigo 7.º da Lei nº 9.532/97: “A pessoa jurídica [Requerente] que absorver patrimônio de outra [XION II], em virtude de incorporação, fusão ou cisão [Passo 2], na qual detenha participação societária adquirida [XION II era efetiva adquirente] com ágio [a melhor prática contábil obrigava o reconhecimento do ágio] [...] poderá amortizar o ágio com fundamento na expectativa de rentabilidade futura”.

O patrimônio consiste efetivamente em um complexo de direitos e obrigações ou de relações jurídicas, apreciáveis em dinheiro ou com um valor econômico, sendo, de acordo com esta concepção, uma universalidade de direitos, conforme se extrai do teor do artigo 91 do Código Civil. Esta definição é importante, pois, no caso em análise, houve, por força da incorporação da XION II, a transferência de um patrimônio (ativos e passivos) para a Requerente. Portanto, mesmo que se queira sustentar que seria necessária a alegada “confusão patrimonial”, certo é que, juridicamente, houve sim confusão patrimonial, considerando que houve a absorção de patrimônio (ativos e passivos, deveres e obrigações) por parte da Requerente.

(C.2) A INFUNDADA ALEGAÇÃO DE “EMPRESA VEÍCULO”

A causa jurídica da operação foi a aquisição da Requerente, empresa atuante no ramo de explosivos. A constituição das sociedades *holdings* no Brasil pelos dois Grupos mencionados era necessária para que o propósito negocial pretendido pelos Grupos fosse alcançado. A estrutura permitiu que toda a execução do contrato fosse realizada no

Brasil, mantendo uma estrutura de governança sólida no País. A constituição da XION I e da XION II foi requerida pelos Vendedores para que todos os direitos e obrigações advindos da negociação fossem mantidos no Brasil, facilitando a execução de garantias e eventual discussão em Juízo dos termos contratuais. Portanto, a XION II não serviu como simples instrumento de “passagem” para aquisição da participação societária na Requerente.

Uma sociedade *holding* pura não é constituída para ter empregados ou quaisquer outros ativos além de unicamente participações societárias. Na legislação aplicável, a possibilidade de existência de uma sociedade cujo objeto social seja a mera detenção de

outra(s) sociedade(s) está expressamente prevista no artigo 2º, § 3º, da Lei das S. A. Importante notar que o dispositivo expressamente indica que a participação é facultada para beneficiar-se de incentivos fiscais. A própria legislação tributária, por meio do artigo 31 da Lei 11.727, de 23.07.2008 (“Lei 11.727/08”), reconhece a *holding* pura como uma sociedade ao dispor que a holding pura poderá diferir o reconhecimento

das despesas com juros de empréstimos contraídos para financiamentos de investimentos em sociedades controladas.

Como a XION II teve o propósito específico de efetuar a aquisição das ações da Requerente, não há que se descaracterizar a existência de tal empresa por falta de empregados ou de receitas ou despesas próprias antes da aquisição de qualquer participação societária, já que tudo isso não seria sequer condizente com sua função primordial, que era a de ser meramente uma sociedade *holding*.

(C.3) A ATUAL JURISPRUDÊNCIA ADMINISTRATIVA ACERCA DA ALEGAÇÃO DE “EMPRESA VEÍCULO”

O CARF, ao julgar casos com fatos e circunstâncias em que havia “empresa veículo” (o que não ocorre no presente caso), reconheceu a legitimidade da amortização fiscal do ágio pago pelos contribuintes, desde que a transação que gerou o ágio tenha sido feita entre partes independentes, tenha havido efetivo pagamento do preço pelo comprador e que o fundamento econômico do ágio esteja baseado em avaliação (o que ocorreu no presente caso). Cita jurisprudência do CARF.

V. O DIREITO: A LEGITIMIDADE DO LAUDO DE AVALIAÇÃO

(A) A colocação da questão.

Simple equívoco na data de assinatura do Laudo da Moore Stephens – que em nada impacta o direito da Requerente – levou as autoridades fiscais a concluir que o laudo de avaliação: (A) teria sido emitido após mais de dois anos da aquisição; (B) a suposta inidoneidade do Laudo demonstraria a ausência de independência da Moore Stephens; e (C) possui inconsistências técnicas, sem que possa ser aceito para fins de fundamentar o pagamento do ágio com base na expectativa de rentabilidade futura.

Ademais, a Fiscalização alega que o equívoco cometido pela Moore Stephens na assinatura do laudo de avaliação caracteriza fraude fiscal, o que justificaria a qualificação da multa de ofício do patamar regular de 75% para 150%.

(B) As normas tributárias sobre a forma de demonstração da fundamentação econômica do ágio.

(B.1) Requisitos gerais para a comprovação da fundamentação econômica do ágio. O ágio deve ser baseado em uma “demonstração”. O legislador não usou o termo “laudo técnico”, não exigiu que fosse elaborado por terceiros e não estabeleceu data específica para a elaboração do documento. É necessário tão somente que exista um estudo (ou até

mesmo uma apresentação interna) que justifique o preço de aquisição pago: não importa se elaborado pela própria companhia ou em data posterior à aquisição da participação societária.

A exigência de requisitos específicos e objetivos para a comprovação da fundamentação econômica do ágio passou a existir tão somente com a edição da Lei 12.973/14, para operações realizadas a partir de 2015. A Fiscalização pretende exigir que a fundamentação econômica do ágio esteja fundamentada em forma, procedência, registro e prazo específicos, sem nenhum fundamento em Lei.

(B.2) Questões específicas sobre o prazo para elaboração do demonstrativo com a justificativa econômica do ágio. A norma tributária não exige que o laudo de avaliação seja elaborado antes da efetiva operação de aquisição. O lançamento deverá ser escriturado no momento do pagamento do ágio, não se podendo olvidar que deverá contabilizar o ágio tão logo se configure a obrigação de pagar o preço pactuado pela participação societária. Isto se dá em razão do princípio da competência, nos termos do caput do art. 177 da Lei das S.A. Agora, quanto ao momento em que se deve ser elaborada a demonstração do fundamento do ágio, o § 3º nada dispõe. O dispositivo legal limita-se a estabelecer a obrigação da elaboração da demonstração, bem como seu arquivamento, mas não impede que ela seja feita em momento posterior à escrituração do lançamento contábil do ágio. Não há exigência legal determinando que o Laudo Técnico seja arquivado como comprovante antes da contabilização ou da aquisição, o que se comprova pela atual jurisprudência do CARF.

(B.3) Conclusão

Em vista do exposto, é possível concluir que a demonstração do fundamento econômico do ágio não depende de forma, prazo, registro ou procedência. A Recorrente pode demonstrar e justificar economicamente o ágio através de planilhas, estudos internos, apresentações gerenciais, laudos contratados de terceiros, dentre outras formas admitidas em direito. Na vigência da Lei 9.532/97, o importante é que o contribuinte tenha um demonstrativo que justifique o preço pago e a fundamentação econômica do ágio – independentemente da forma adotada e da data em que o documento é elaborado.

(C) A Requerente cumpriu com todos os requisitos para demonstração do fundamento econômico do ágio

(C.1) O contexto e os documentos apresentados na Fiscalização Ao longo do procedimento de Fiscalização, a Requerente foi intimada apenas a apresentar o demonstrativo que justificasse a natureza econômica do ágio. Com base na inexistência de requisitos legais objetivos, a Requerente apresentou durante a Fiscalização apenas um dos estudos que justificam o preço de aquisição pago e a fundamentação econômica do ágio como “expectativa de rentabilidade futura”: o Laudo da Moore Stephens. No momento da apresentação do Laudo da Moore Stephens, a Requerente não se preocupou com a data de emissão do documento, tendo apenas entregue à fiscalização um dos documentos idôneos que servem de “demonstração” do fundamento econômico do ágio.

(C.2) O laudo elaborado pelo Bank of America Merrill Lynch Com o objetivo de conferir subsídio à XION II e seus acionistas, foi contratada a elaboração de laudo de avaliação junto ao Bank of America Merrill Lynch (“Laudo do Merrill Lynch”). O laudo foi contratado no ano de 2011 (antes da aquisição) e tinha por objetivo garantir que o valor a ser pago pelas ações da Requerente estava dentro de parâmetros de mercado e geraria a rentabilidade esperada pela XION II e seus investidores.

25.05.2011: Merrill Lynch efetua apresentação institucional aos potenciais adquirentes, com considerações sobre a potencial transação (Doc. n.º 15).

10.06.2011: Engagement Letter assinada entre a ENAEX SA e o Merrill Lynch (Doc. n.º 16): a Engagement Letter estabelece que a ENAEX contrata o Merrill Lynch para a assessoria financeira da transação de compra da Requerente, em especial no que diz respeito à avaliação do valor das ações da sociedade investida.

Portanto, não restam dúvidas que o Merrill Lynch foi contratado para assessorar a operação de compra da Requerente, tendo em seu escopo a realização da avaliação do valor de mercado da empresa (“valuation of Target”). Foi com esse escopo que, em 20.03.2013, foi finalizada a elaboração do Laudo da Merrill Lynch (Doc. n.º 13), que serviu de fundamento para a realização de oferta de aquisição, ocorrida na mesma data.

O Laudo do Merrill Lynch é um documento elaborado de acordo com o método do fluxo de caixa descontado, que analisou: (A) a situação econômica brasileira; (B) a situação específica da sociedade a ser adquirida (Requerente), com análise do seu negócio, *market share*, indicadores financeiros, etc; (C) os projetos de interesse da Requerente; (D) a perspectiva de crescimento para o segmento e para os negócios da Requerente; e (E) a avaliação do valor de mercado da Requerente de acordo com o método do fluxo de caixa descontado.

Conforme é possível extrair das páginas 37 e 38 do Laudo da Merrill Lynch, o valor de mercado estimado para a Requerente em agosto de 2011 variava entre o montante de R\$ 285 milhões (base conservadora), R\$ 310 milhões (caso base) e R\$ 407 milhões (*valuation* agressivo, levando em consideração o interesse dos vendedores). Como visto, o preço final acordado entre as partes ficou entre a variação de R\$ 310 milhões (caso base) e R\$ 407 milhões (*valuation* estimado pelos vendedores).

Portanto, com a juntada do Laudo da Merrill Lynch a Requerente demonstra, de uma vez por todas, que, ainda que o Laudo da Moore Stephens seja desconsiderado (o que se admite apenas para fins de argumentação), existia um estudo técnico elaborado por terceiros independentes, elaborado antes da data de aquisição e amparado em metodologia consistente.

Sendo assim, o Auto de Infração deve ser integralmente cancelado pelo atendimento integral aos requisitos para o aproveitamento fiscal do ágio. Ainda que as autoridades fiscais entendam que o Auto de Infração deve ser mantido no mérito (o que se admite apenas para fins de argumentação), é evidente que a multa agravada deve ser afastada, uma vez que a alegação de fraude fiscal efetuada pelas Autoridades Fiscais é absurda e carece de qualquer fundamento.

(C.3) O laudo confirmatório elaborado pela Apsis Adotando postura altamente cautelosa, a Requerente contratou, em dezembro de 2017, a elaboração de um novo laudo de avaliação que confirmasse as premissas adotadas pelo Laudo da Merrill Lynch e por outros estudos internos que

serviram de fundamento para o pagamento do preço de aquisição na transação em 2012. Esse laudo de avaliação foi elaborado pela Apsis (“Laudo Confirmatório da Apsis”). Vale destacar que esse laudo, por si só, já seria suficiente para demonstrar a fundamentação econômica do ágio. Trata-se de documento que confirma as premissas adotadas no passado e que deveria ser acatado, de forma isolada, como comprovação do preço pago para aquisição das ações da Requerente.

(C.4) Outros estudos que demonstram a fundamentação econômica do ágio pago pela XION II Além dos laudos de avaliação elaborados por terceiros, a Requerente apresenta estudos internos elaborados à época da aquisição e que confirmam a existência de critérios para a fundamentação econômica do ágio. Nesse particular, merecem destaque os seguintes documentos:

Junho de 2011: Plano de Negócios da Requerente, com demonstração das curvas de crescimento e fluxo de caixa esperado (Doc. n.º 17).

Mai de 2012: Apresentação para a diretoria com análise detalhada da rentabilidade da companhia, próximos projetos e o valor do fluxo de caixa do período (Doc. n.º 18).

(C.5) Conclusão

A Requerente tinha à sua disposição meios de prova aptos a comprovar a fundamentação econômica do ágio. Ainda que o Laudo da Moore Stephens fosse desconsiderado – como pretende fazer a Fiscalização – não restam dúvidas que o ágio está fundamentado em estudos idôneos e elaborados por terceiros não relacionados.

(D) O Laudo da Moore Stephens era apto a comprovar a fundamentação econômica do ágio.

Vale destacar que o Laudo da Moore Stephens possuía um erro na data indicada para a sua assinatura: no lugar de indicar a data de 30.04.2014, acabou por indicar a data de 30.04.2012. Trata-se de simples erro temporal que não impacta a validade e legitimidade do documento elaborado pela empresa de auditoria. O equívoco cometido na assinatura do laudo de avaliação foi de plano reconhecida pela própria empresa de auditoria.

Independentemente de o Laudo da Moore Stephens ter sido elaborado em 2012 ou 2014, é inquestionável que o documento serve de comprovante da fundamentação econômica do ágio.

V. A IMPROCEDÊNCIA DA QUALIFICAÇÃO DA MULTA DE OFÍCIO

(A) A delimitação do escopo do agravamento da multa de ofício A única alegação adotada pela Fiscalização para qualificação da multa de ofício decorre de um suposto equívoco na data de emissão do Laudo da Moore Stephens.

(B) A inexistência de fundamentação jurídica para a qualificação da multa de ofício.

A definição de fraude. No presente caso, nenhum dos elementos para a caracterização de uma fraude fiscal é verificado. Em primeiro lugar, a alegação das autoridades fiscais não pode prosperar porque se trata de um equívoco cometido por um terceiro. Ora, o erro não foi praticado pela

Requerente e não existe NENHUMA alegação que a Requerente tivesse conhecimento e/ou responsabilidade no erro cometido pela Moore Stephens. Não é cabível a alegação de conduta dolosa pelo simples fato de a Requerente não ter notado que a data de assinatura do Laudo da Moore Stephens estava incorreta. Trata-se de mero equívoco que não pode ser caracterizado como conduta dolosa por parte da Requerente, apta a qualificar a multa de ofício. Reitere-se: o Grupo Brescia e Sigdo Koppers, bem como as sociedades XION I e XION II não tinham intenção de disfarçar a ocorrência de fato gerador, realizando, apenas, a contabilização do custo do investimento na forma determinada pela lei. No caso analisado não se verifica a ocorrência de fraude à lei tributária, tampouco de abuso de direito ou de simulação. Em momento algum a XION II pretendeu realizar atos societários para “driblar” as normas tributárias em questão buscando a redução dos tributos devidos. Em segundo lugar, a inexistência de conduta dolosa é comprovada pelo fato de que eventual mudança na data de assinatura do laudo não beneficiaria a Requerente.

Para os fins do direito à amortização fiscal do ágio, é irrelevante se o Laudo da Moore Stephens foi assinado em 2012 ou 2014. A Requerente jamais teria o interesse em modificar a data de assinatura do laudo de avaliação, uma vez que a legislação fiscal aceita demonstrativos elaborados com data anterior ou posterior à transação. Ademais, cumpre reiterar que a Requerente possui diversos meios de prova para demonstrar a justificativa econômica do ágio.

Em terceiro lugar, a fraude fiscal fica afastada, uma vez que eventual conduta da Requerente não teve o objetivo de impedir ou retardar a ocorrência do fato gerador da obrigação principal, com redução do imposto devido. Pelo contrário, a suposta conduta dolosa alegada pela Fiscalização não teria nenhum efeito prático na apuração do IRPJ e da CSLL devidos pela Requerente. O suposto indício de existência de fraude (data equivocada do Laudo elaborado pela Moore Stephens) foi esclarecido como um erro material. Não há quaisquer outros elementos que comprovem que o Laudo da Moore Stephens seria falso e/ou estaria amparado em premissas equivocadas.

O último argumento é que a Moore Stephens esclareceu o erro na data da elaboração do Laudo de Avaliação assim que foi questionada. O esclarecimento acerca do erro cometido corrobora o argumento que as partes não praticaram nenhuma fraude fiscal e não tiveram o objetivo de ludibriar as Autoridades Fiscais. A Requerente jamais teve intuito de enganar quem quer que seja, muito pelo contrário, a XION II atuou em forma estritamente consonante com sua vontade jurídica, qual seja: adquirir a participação societária na Requerente. Para tanto, onerou seu patrimônio para fazer frente à aquisição da participação societária de tais entidades por meio do pagamento em dinheiro.

VI. O DESCABIMENTO DA MULTA ISOLADA

É inviável a aplicação simultânea da multa de ofício e multa isolada, em respeito ao princípio da consunção. Como já consolidado na jurisprudência do E. CARF, quando a primeira conduta se afigura como

mero meio para a obtenção do resultado previsto na segunda, a penalidade aplicável à segunda conduta necessariamente prevalece sobre a da primeira.

Por essa razão, se mantida a multa de ofício, apenas esta pode ser aplicada ao final do ano-calendário, que é a segunda e principal conduta, não havendo que se falar na punição pela multa isolada da mera conduta-meio nesse caso, que é a falta de antecipações no regime de estimativa mensal, em função dos mesmos fatos geradores.

A E. Câmara Superior de Recursos Fiscais publicou, em 08.12.2014, a Súmula n.º 105, vedando a aplicação concomitante de multa isolada e multa de ofício. Confira-se:

“Súmula CARF n.º 105: A multa isolada por falta de recolhimento de estimativas, lançada com fundamento no art. 44 § 1º, inciso IV, da Lei n.º 9.430, de 1996, não pode ser exigida ao mesmo tempo da multa de ofício por falta de pagamento de IRPJ e CSLL apurado no ajuste anual, devendo subsistir a multa de ofício.”

Não há nenhuma restrição para a aplicação dessa Súmula - até mesmo porque a própria Lei n.º 11.488, de 15.6.2007 (“Lei 11.488/07”) não promoveu qualquer alteração substancial no artigo 44 da Lei 9.430/96 que pudesse justificar a sua aplicação concomitantemente com a multa de ofício. Cita jurisprudência do STJ e do CARF.

VII. A IMPROCEDÊNCIA DOS JUROS DE MORA SOBRE A MULTA DE OFÍCIO

Ainda que os juros de mora possam incidir sobre o valor dos tributos lançados, a atualização do débito não poderá ser feita com a incidência de juros pela taxa SELIC sobre as multas aplicadas. Por fim, no que se refere aos juros de mora, cabe lembrar que a jurisprudência tem reconhecido a inaplicabilidade da taxa SELIC aos créditos tributários, uma vez que essa taxa não foi criada por lei para fins tributários, de forma que a Recorrente requer sua desconsideração no cômputo do crédito tributário principal, tendo em vista a real possibilidade de a taxa SELIC vir a ser considerada inconstitucional para fins tributários pelo Poder Judiciário.

VIII. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO

Considerando que são aplicáveis à CSLL as mesmas normas de apuração e de pagamento estabelecidas para o IRPJ, são válidos os argumentos de fato e de Direito apresentados anteriormente, que justificam a legalidade do procedimento adotado pela Requerente também para efeitos de recolhimento da CSLL. Dessa forma, tendo demonstrado na presente Impugnação a improcedência da autuação de IRPJ, torna-se, também, improcedente a exigência relativa à CSLL.

A impugnante reitera suas conclusões e requer a total improcedência do Auto de infração.

A r DRJ julgou improcedente a impugnação, em acórdão que restou assim ementado:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Exercício: 2012, 2013, 2014, 2015

INCORPORAÇÃO DE EMPRESA. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO NA AQUISIÇÃO DE AÇÕES. TRANSFERÊNCIA DE CAPITAL PARA AQUISIÇÃO DE INVESTIMENTO POR EMPRESA VEÍCULO.

Não produz o efeito tributário almejado pelo sujeito passivo a incorporação de pessoa jurídica, em cujo patrimônio constava registro de ágio com fundamento em expectativa de rentabilidade futura, sem qualquer finalidade negocial ou societária, quando caracterizada a utilização da incorporada como mera “empresa-veículo” para transferência do ágio à incorporadora.

MULTA DE OFÍCIO. MULTA ISOLADA. EXIGIDAS CONCOMITANTEMENTE NO LANÇAMENTO.

Por se tratar de hipóteses legais distintas, é cabível, no lançamento de ofício, a aplicação de multa exigida isoladamente, por falta de recolhimento dos valores devidos por estimativa, bem como das que se exigem juntamente com o imposto ou contribuição que forem apurados no procedimento fiscal.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL.

Aplica-se à tributação reflexa idêntica solução dada ao lançamento principal, em face da estreita relação de causa e efeito entre ambos.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

A Recorrente apresentou Recurso Voluntário em que aduz que as conclusões empreendidas pelas Autoridades Julgadoras não merecem prosperar pelas seguintes razões de Direito:

- Primeira razão: houve o preenchimento de todos os requisitos legais para a amortização do ágio;
- Segunda razão: houve confusão patrimonial entre a “pessoa jurídica” que “detinha participação societária adquirida com ágio” e a sociedade investida (Recorrente);
- Terceira razão: a suposta caracterização da XION II como “empresa-veículo”, além de não proceder, não pode ser fundamento para a invalidação da amortização do ágio;
- Quarta razão: impossibilidade de invalidação de atos e contratos cuja produção já tenha sido plenamente constituído e esteja de acordo com a jurisprudência administrativa à época;
- Quinta razão: todos os laudos apresentados pela Recorrente são válidos e comprovam o valor econômico da Recorrente no momento da aquisição de 2/3 de suas ações representativas de seu capital pela XION II, não sendo possível concluir que o ágio não era fundamentado em demonstrativo válido.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Alexandre Evaristo Pinto, Relator.

Da Admissibilidade

O recurso é tempestivo e atende às demais condições de admissibilidade, razão pela qual dele conheço.

Do Mérito

Da Questão da Caracterização como Empresa-Veículo

Conforme relatado anteriormente, trata-se de lançamentos fiscal de IRPJ e CSLL relativo ao ano-calendário de 2012, 2013, 2014, 2015, incidentes sobre glosa de exclusão irregular de despesa com ágio, acrescidos de multa de ofício qualificada de 150% e de juros de mora, além de multa isolada. No presente caso, a fiscalização glosou o ágio deduzido por entender que haveria sido utilizada indevidamente “empresa-veículo”:

A fiscalização considera que teria incorrido um planejamento tributário com a intervenção de empresa-veículo, com o intuito de segregar, na sociedade de participação interposta, ágio para que a própria incorporadora o aproveitasse.

O impugnante, por sua vez, alega que foi apurado ágio cujo fundamento econômico seria a expectativa de rentabilidade futura, e que com a incorporação da XION II pela IBQ, esta última teria reunido as condições para aproveitar o ágio e nega que a XION II tenha sido uma empresa-veículo.

À vista do disciplinado nos arts. 385 e 386 do RIR/99, não resta dúvidas de que apenas a investidora ou a investida – não uma terceira pessoa jurídica interposta artificialmente –, pode beneficiar-se, quando da incorporação, fusão ou cisão de ambas, da amortização do ágio pago na aquisição, pois somente em relação a elas perfazem-se as condições em tais dispositivos legais estabelecidas para a fruição do benefício. Portanto, além do pagamento do ágio, o investimento deve ser direto entre a investidora e a investida, sem a interposição de terceira pessoa.
(...)

A impugnante alega, ainda, que apenas a partir da edição da Lei nº 12.973/2014, passaram a ser exigidos requisitos específicos e objetivos para a comprovação da fundamentação econômica do ágio e que na vigência da Lei nº 9.532/1997 bastaria que tivesse um demonstrativo que justificasse o preço pago e a fundamentação econômica do ágio, independentemente da forma e da data em que o documento fosse elaborado. **Ocorre que o que está sendo questionado é a posição da XION II, que se tratou de mera empresa-veículo, a qual não participou efetivamente da operação.**

Ainda que haja uma discussão com relação ao laudo que será analisada no próximo tópico, não há dúvidas no presente processo administrativo quanto ao fundamento econômico do ágio (expectativa de rentabilidade futura), o efetivo pagamento do preço pelos adquirentes da participação societária e de que a operação se deu entre partes não relacionadas. Assim, o cerne da discussão é se a XION II seria ou não uma empresa veículo, quando as reais adquirentes seriam as empresas estrangeiras ENAEX e EXSA, que apenas teriam interposto a empresa veículo para aproveitamento da dedutibilidade fiscal do ágio em um momento posterior.

Vale destacar que as regras de amortização fiscal do ágio aplicáveis ao caso concreto estão dispostas no artigo 7º da Lei n.º 9.532/97, que assim dispõe:

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

Conforme se depreende da leitura do referido dispositivo normativo, a amortização fiscal do ágio fundamentado em rentabilidade futura fica condicionada à absorção por fusão, incorporação ou cisão entre a pessoa jurídica investida e a pessoa jurídica que detenha tal investimento. Portanto, é indiferente quem seja a pessoa jurídica incorporadora, desde que haja uma união patrimonial entre investidora e investida, o que significa dizer que não há proibição para uma incorporação reversa ou às avessas.

Destaque-se que conforme muito bem explanado pelo Conselheiro Allan Marcel Warwar Teixeira no Acórdão 1201-003.202, a amortização fiscal do ágio fundamentado em rentabilidade futura trazida pela Lei n. 9.532/97 não configura um benefício fiscal, mas uma limitação à possibilidade que havia até então de dedução de todo o montante do ágio como perda de capital. Assim, é possível entender que se tratou na verdade de uma norma específica antielisiva.

Cumprе ressaltar ainda que não há um conceito legal de empresa veículo, sendo sua noção construída a partir dos precedentes administrativos, no entanto, no caso concreto todo o surgimento do ágio acontece em operações entre partes independentes, sendo que as

adquirentes, em última instância, da participação societária são empresas estrangeiras. Dessa forma, tal qual os casos de ágio de privatização, torna-se mandatório que elas constituam pessoas jurídicas no Brasil para aquisição do investimento, caso contrário elas não conseguiriam se beneficiar da amortização fiscal do ágio.

Nesse ponto, destaco que a presente Turma já decidiu em outras oportunidades que a utilização de empresas veículos não é por si só impeditivo do aproveitamento do ágio. Nessa linha, cito o decidido nos autos do processo administrativo n.º 16327.720016/2016-65, ac. 1201-002.247, de 12 de junho de 2018, relatoria do Conselheiro Luis Fabiano Alves Penteadó:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Ano-calendário: 2012, 2013, 2014

ÁGIO FUNDAMENTADO EM EXPECTATIVA DE RESULTADOS FUTUROS. DEDUTIBILIDADE DA AMORTIZAÇÃO.

A legislação que permite a dedução da amortização do ágio em determinadas circunstâncias e desde que preenchidos determinados requisitos é norma indutora de comportamento do contribuinte. Não havendo ocorrência de fraude ou simulação e tendo sido verdadeiras e legítimas as operações perpetradas, inclusive, com a ocorrência do efetivo pagamento do preço, a dedução do ágio é possível, ainda que o benefício fiscal seja o principal ou mesmo o único elemento motivador. Uma vez demonstrado o devido propósito negocial e substância econômica na realização de reorganizações societárias, a dedução da amortização do ágio torna-se ainda mais justificada.

UTILIZAÇÃO DE EMPRESA VEÍCULO. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE VEDAÇÃO LEGAL.

A utilização da chamada "empresa veículo" não guarda qualquer ilegalidade ou abuso em si, sendo necessária a identificação de outros elementos como a fraude ou simulação para que a glosa da dedução do ágio se justifique. Na hipótese em que presentes para o contribuinte, outras opções de movimentação societária que resultariam no mesmo efeito tributário que é a dedução do ágio, a eventual utilização de empresa veículo configura simples decisão de negócios que não prejudica o benefício fiscal.

LAUDO DE AVALIAÇÃO. INTEMPESTIVIDADE. FALTA DE PREVISÃO LEGAL.

Indevida a glosa do aproveitamento do ágio sob fundamento de intempestividade do laudo de avaliação vez que sequer existia previsão legal acerca da obrigatoriedade do laudo à época dos fatos.

ÁGIO INTERNO. AUSÊNCIA DE PARTES RELACIONADAS. INOCORRÊNCIA.

O ágio interno pressupõe uma operação que envolva partes que pertençam ao mesmo grupo econômico o que exclui do seu campo de abrangência a operação que envolve partes independentes com interesses diametralmente inversos.

EXPECTATIVA DE RENTABILIDADE FUTURA. PREÇO. PROJEÇÃO BASEADA NA MÉDIA DO LUCRO DE PERÍODOS ANTERIORES. REACIONAL VÁLIDO. POSSIBILIDADE.

A expectativa de rentabilidade futura prevista na legislação refere-se à capacidade de geração de caixa futura da empresa adquirida. Tal projeção pode ser feita através da apuração de histórico de lucros de períodos passados vez que a geração de caixa no

futuro guarda uma relação de continuidade dos resultados obtidos pela empresa no passado.

DA FORMA DE ESCRITURAÇÃO DO ÁGIO. IMPOSSIBILIDADE DE GLOSA DO ÁGIO POR VÍCIO NA ESCRITURAÇÃO. ESSÊNCIA SOBRE A FORMA.

Uma vez verificada a negociação efetiva das ações, o pagamento efetivo do preço, a validade do racional para definição do preço e a ausência de simulação, a mera ausência de inclusão expressa na escrituração fiscal do embasamento legal do ágio não é motivo suficiente para glosa da dedução.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO CSLL

Ano-calendário: 2012, 2013, 2014

CSLL. ÁGIO. REFLEXO DO IRPJ.

A ocorrência de eventos que representam, ao mesmo tempo, fato gerador de vários tributos impõe a constituição dos respectivos créditos tributários, e a decisão quanto à real ocorrência desses eventos repercute na decisão de todos os tributos a eles vinculados. Assim, o decidido quanto ao IRPJ aplica-se à CSLL dele decorrente.

No mesmo sentido o decidido no Processo Administrativo n.º 16561.720019/201626, acórdão n.º 1201-002.728, julgado em 20 de fevereiro de 2019, voto vencedor do Conselheiro Luis Henrique Toselli:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2012

DECADÊNCIA. TERMO INICIAL. ÁGIO. SÚMULA CARF N.º 116.

Para fins de contagem do prazo decadencial para a constituição de crédito tributário relativo a glosa de amortização de ágio na forma dos arts. 7º e 8º da Lei n.º 9.532, de 1997, deve-se levar em conta o período de sua repercussão na apuração do tributo em cobrança. Súmula CARF n.º 116.

ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Ano-calendário: 2012

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO POR INTERMÉDIO DE “EMPRESA VEÍCULO”. LEGITIMIDADE.

O ágio fundamentado em rentabilidade futura, à luz dos artigos 7º e 8º Lei n.º 9.532/97, pode ser deduzido por ocasião da absorção do patrimônio da empresa detentora do ágio por meio de fusão, cisão e incorporação. O uso de empresa veículo e de incorporação reversa não prejudicam o direito de amortizar fiscalmente o ágio.

ASSUNTO: OUTROS TRIBUTOS OU CONTRIBUIÇÕES

Ano-calendário: 2012

IRPJ. CSLL. TRIBUTAÇÃO REFLEXA.

Tratando-se da mesma matéria fática e não havendo aspectos específicos a serem apreciados, aplica-se a mesma decisão a todos os tributos atingidos pelo fato analisado.

Isso não fosse o suficiente, o artigo 2, §3º da Lei n. 6.404/76 dispõe que 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.

E isso claramente foi observado pela Recorrente, empresa investida, quando incorporou a empresa que detinha o ágio e daí reuniu as condições necessárias para gozo do seu aproveitamento fiscal.

A legislação de regência, segundo o entendimento que prevaleceu nesse julgado, foi estritamente observada pelas partes envolvidas na operação de aquisição do controle da CTEEP, que desde o início demonstraram que o ágio é legítimo e o negócio foi implementado para permitir a dedução da mais valia em conformidade com a lei.

A autoridade fiscal, diga-se, nunca indicou a criação de qualquer riqueza nova intra-grupo e, mais ainda, nunca questionou que o valor do ágio cuja amortização se questiona teve como parâmetro o próprio custo do investimento.

Também nunca argüiu a fiscalização qualquer conduta dolosa, ato ou negócio simulado, razão pela qual jamais poderia ter desconsiderado os efeitos dos atos societários praticados, o que inclui a participação da empresa tida como mero veículo na estrutura adotada.

Nesse ponto, o fisco e o voto vencido sustentam a glosa com base no argumento de que a XION I e XION II seriam meras empresas-veículo, sendo a real adquirente as empresas estrangeiras, inexistindo, portanto, a necessária confusão patrimonial (incorporação ou fusão) entre investidor original e investida, o que comprometeria a dedução fiscal.

Esse raciocínio, porém, não tem como prevalecer ao menos por 3 (três) motivos.

Primeiro porque ele impõe restrição que não existe no texto legal, ferindo o mais basilar princípio de direito, que é a legalidade. Trata-se, a bem da verdade, de tese desenvolvida pelo fisco para negar o que a lei permite, o que não se admite no ordenamento jurídico vigente.

O fluxo financeiro dentro do grupo adquirente não é condição de dedutibilidade da amortização de ágio. A condição legal, conforme artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, é a incorporação de quem detém o investimento pela investida ou vice-versa, e não por quem ou de quem suporta o ônus econômico da aquisição.

O segundo motivo é o de que a incorporação, inclusive reversa, ainda que envolva empresa rotulada de veículo, é meramente instrumental. A participação dessa empresa veículo na operação, desde que o ágio seja real (como é no presente caso), não desvirtua o benefício fiscal, nem agride o espírito da lei, que trata, como demonstrado, apenas da absorção de patrimônio da detentora do ágio e investida como condição suficiente para a dedução.

Feitas essas considerações, e por mais essas razões, definitivamente não há como manter a autuação fiscal que glosou as despesas deduzidas a título de amortização do ágio ora em discussão.

A par disso, eventuais erros materiais existentes em um dos laudos apresentados não são suficientes para descaracterizar a operação de ágio, tampouco para levar a qualificação da multa. Isto porque o regramento legal anterior à Lei n. 12.973/2014 não previa a necessidade de laudo para comprovação do ágio por expectativa de rentabilidade futura, de sorte que qualquer laudo não teria efeitos no e aproveitamento do ágio, tampouco o condão de retardar ou impedir o conhecimento do fato gerador.

Da Questão do Laudo de Rentabilidade Futura

Embora a data de emissão do laudo da Moore Stephens seja 30.04.2012, a fiscalização constatou citações de diversos trabalhos realizados em períodos posteriores a essa data, o que gera uma inconsistência lógico-temporal.

Ademais, como decorrência de intimação direta à Moore Stephens, constatou-se que: 1) na verdade, a contratação de seus serviços não foi realizada pela XION II, mas sim pela empresa IBQ; 2) tal contratação ocorreu somente em 02.05.2013; 3) cometeu erro material ao firmar no laudo (de sua lavra) o dia 30.04.2012 como a data de sua emissão (data contemporânea à negociação), pois tal emissão somente ocorreu, de fato, em 30.04.2014 (doc. 13).

Por mais que todas essas informações demonstrem uma série de incongruências, cabe destacar que não havia um dispositivo legal exigindo um laudo revestido de todas formalidades, tampouco que este “laudo” fosse anterior à aquisição da participação societária. Nesse sentido, cabe a leitura do dispositivo legal aplicável à época:

Decreto-Lei n. 1.598/77: Art. 20. (...) § 3º - O lançamento com os fundamentos de que tratam as letras a e b do § 2º deverá ser baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração.

Assim, nota-se que a lei usa a expressão demonstração, não havendo menção a nenhum laudo. Luís Eduardo Schoueri assinala a amplitude do termo demonstração, de modo que há uma ampla liberdade para comprovação dos fundamentos econômicos de tala aquisição, ou seja, poderiam ser utilizados apresentações, relatórios executivos e até planilhas (SCHOUERI, Luís Eduardo. *Ágio em Reorganizações Societárias (Aspectos Tributários)*. São Paulo: Dialética, 2012. pp. 33-37).

Ainda que grandes operações de aquisição envolvam trabalhos de “due diligence”, a prática comercial de uma operação de aquisição irá depender muito mais do encontro das vontades dos alienantes e dos adquirentes do que da existência de uma avaliação praticamente certa do valor da participação adquirida.

Nesse sentido, cumpre ressaltar que o próprio dispositivo legal foi reformulado e atualmente há previsão de um laudo para identificação das mais e menos valias da participação societária adquirida, sendo que tal laudo deverá ser protocolado até o último dia útil do 13º mês subsequente ao da aquisição:

Decreto-Lei n. 1.598/77: Art. 20. (...) § 3o O valor de que trata o inciso II do caput deverá ser baseado em laudo elaborado por perito independente que

deverá ser protocolado na Secretaria da Receita Federal do Brasil ou cujo sumário deverá ser registrado em Cartório de Registro de Títulos e Documentos, até o último dia útil do 13o (décimo terceiro) mês subsequente ao da aquisição da participação”.

Vale destacar ainda a existência de outros documentos que comprovam a rentabilidade futura. Nesse sentido, há um relatório do Merrill Lynch (fls. 1179 e ss.) e um laudo da Apsis (fls. 1856 e ss.), este último posterior à aquisição.

Diante da análise da redação anterior e da redação atual do artigo 20, §3º, do Decreto-lei n. 1.598/77, bem como da leitura dos documentos comprobatórios da rentabilidade futura trazidos pela Recorrente, entendo que ainda que haja uma certa confusão no que tange às datas do laudo acostado no presente processo, tais problemas não afastam o fundamento econômico registrado no laudo.

Da Questão da Multa Qualificada

Caso reste vencido, enfrente a questão da multa qualificada.

O fundamento fático para qualificação da multa se dá em razão das incongruências do laudo elaborado pela Consultoria Moore Stephens. Tal qual exposto anteriormente, ainda que a data de emissão do laudo seja 30.04.2012, a fiscalização constatou citações de diversos trabalhos realizados em períodos posteriores a essa data, o que gera uma inconsistência lógico-temporal.

No processo de fiscalização, houve intimação direta à Moore Stephens, de forma que foi constatado que: 1) na verdade, a contratação de seus serviços não foi realizada pela XION II, mas sim pela empresa IBQ; 2) tal contratação ocorreu somente em 02.05.2013; 3) cometeu erro material ao firmar no laudo (de sua lavra) o dia 30.04.2012 como a data de sua emissão (data contemporânea à negociação), pois tal emissão somente ocorreu, de fato, em 30.04.2014 (doc. 13).

Por mais que todas essas informações demonstrem uma série de incongruências, cabe destacar que não havia um dispositivo legal exigindo um laudo revestido de todas formalidades, tampouco que este “laudo” fosse anterior à aquisição da participação societária. Nesse sentido, cabe a leitura do dispositivo legal aplicável à época:

Decreto-Lei n. 1.598/77: Art. 20. (...) § 3º - O lançamento com os fundamentos de que tratam as letras a e b do § 2º deverá ser baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração.

Assim, nota-se que a lei usa a expressão demonstração, não havendo menção a nenhum laudo. Luís Eduardo Schoueri assinala a amplitude do termo demonstração, de modo que há uma ampla liberdade para comprovação dos fundamentos econômicos de tala aquisição, ou seja, poderiam ser utilizados apresentações, relatórios executivos e até planilhas (SCHOUERI, Luís Eduardo. *Ágio em Reorganizações Societárias (Aspectos Tributários)*. São Paulo: Dialética, 2012. pp. 33-37).

Ainda que grandes operações de aquisição envolvam trabalhos de “due diligence”, a prática negocial de uma operação de aquisição irá depender muito mais do encontro das

vontades dos alienantes e dos adquirentes do que da existência de uma avaliação praticamente certa do valor da participação adquirida.

Nesse sentido, cumpre ressaltar que o próprio dispositivo legal foi reformulado e atualmente há previsão de um laudo para identificação das mais e menos valias da participação societária adquirida, sendo que tal laudo deverá ser protocolado até o último dia útil do 13º mês subsequente ao da aquisição:

Decreto-Lei n. 1.598/77: Art. 20. (...) § 3o O valor de que trata o inciso II do caput deverá ser baseado em laudo elaborado por perito independente que deverá ser protocolado na Secretaria da Receita Federal do Brasil ou cujo sumário deverá ser registrado em Cartório de Registro de Títulos e Documentos, até o último dia útil do 13o (décimo terceiro) mês subsequente ao da aquisição da participação”.

Diante da análise da redação anterior e da redação atual do artigo 20, §3º, do Decreto-lei n. 1.598/77, entendo que ainda que haja uma certa confusão no que tange às datas do laudo acostado no presente processo, tais problemas não afastam o fundamento econômico registrado no laudo, de modo que não há que se falar em sonegação, fraude ou conluio.

A multa de ofício somente será aplicável nos casos em que houver comprovação de fraude. Nesse sentido, cito o entendimento manifestado pelo Conselheiro Gerson Macedo Guerra no Acórdão 9101003.584 de 08/05/2018, que assim dispôs:

Não concordo com tal orientação. Alio-me ao quanto decidido pela Turma a quo, de modo a me valer dos dizeres do voto vencedor para fundamentar minha decisão, verbis:

Portanto, a qualificação (duplicação) da multa não decorre de nova infração. Ela surge quando a falta de pagamento ou recolhimento, a falta de declaração ou a declaração inexata estiver associada a uma das condutas típicas definidas como sonegação, fraude ou conluio. Tais condutas supõem a inequívoca constatação de dolo, elemento essencial do tipo, no seu mais puro sentido penal. Nas palavras de Marco Aurélio Greco:

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

A fraude penal não se confunde com a fraude à lei (ou fraude civil) acima invocada. Nesta última, o contribuinte enquadra sua conduta numa norma, mas vem o Fisco e o faz em outra. É um problema de qualificação jurídica. Por sua vez, a fraude penal, assim como a sonegação, são condutas típicas do direito penal também caracterizadas como crimes contra a ordem tributária (artigos 1º e 2º, I, da Lei nº 8.137/90). Tanto é que o § 1º do artigo 44 da Lei nº 9.430/96 ressalva a aplicação de outras penalidades criminais.

Quanto à sonegação, não há dúvidas. Só se concretiza depois de ocorrido o fato gerador da obrigação tributária. Isso porque sua hipótese prevê uma conduta voltada

para impedir ou retardar o “conhecimento”, pelo Fisco, “da ocorrência do fato gerador” ou “das condições pessoais de contribuinte”.

A fraude, por outro lado, suscita mais dúvidas. A redação do artigo 72 da Lei n.º 4.502/64 pode ser dividida em duas partes. Na primeira parte, tem-se as condutas de impedir ou retardar a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária. “Impedir ou retardar” é diferente de “não realizar”. Nos casos de planejamentos tributários, o contribuinte julga que sua conduta é alcançada por outro enquadramento legal e não pela hipótese do fato gerador.

Como ensina Marco Aurélio Greco, essa parte do dispositivo legal tem sua aplicação restrita às situações em que “tiverem sido realizados atos que, substancialmente, representem o núcleo da definição do fato gerador, de modo que a sua ‘ocorrência’ seja mera etapa subsequente, e quase que inexorável, a introdução pelo contribuinte (ou outrem) de atos ou omissões que não permitam o aperfeiçoamento daquele fato gerador que iria ocorrer”. Afinal, só se impede ou se retarda algo que está em curso.

Na segunda parte, quando há alusão a excluir ou modificar as características essenciais do fato gerador, novamente, tem-se condutas que só se concretizam depois que este tenha ocorrido.

É que só se pode excluir ou modificar algo que já exista.

Há poucas linhas, firmou-se que o conceito de simulação pode ser orientado pelo vício de vontade ou pelo vício de causa. São duas situações claramente distintas.

Na simulação por vício de vontade, há o requisito do falseamento ou manipulação de aspectos relevantes dos negócios jurídicos. As partes declaram algum aspecto que seja falso, portanto, uma vontade aparente ou simulada (simulação absoluta), ou algum aspecto que tem por objeto encobrir outro de natureza diversa, portanto, uma vontade aparente ou simulada que encobre uma vontade real ou dissimulada (simulação relativa ou dissimulação). Trata-se, com efeito, das hipóteses em que se concretizam condutas como a sonegação ou a fraudes penais. Estamos fora do campo dos planejamentos tributários propriamente ditos.

Por outro lado, na simulação por vício de causa, situações em que se verificam os planejamentos tributários inoponíveis ao Fisco, inexistem condutas maculadas pelo falseamento ou manipulação de aspectos relevantes dos negócios jurídicos. As partes deixam às claras as formas jurídicas empregadas.

No presente caso, o ilustre Relator sustenta a qualificação da multa com base na constatação de que a recorrente, de forma reiterada, engendrou reestruturações societárias fraudulentas, eivadas de simulação. Mas, não aponta qualquer falseamento ou manipulação de aspectos relevantes nessa situação.

Nada obstante, como já exposto, se isso não aconteceu, não posso concordar com a qualificação dessa conduta nas figuras da sonegação ou da fraude penais. A meu ver a simulação está maculada pelo vício de causa. Como o próprio Relator apontou em seu voto, as empresas JOMARKO e HIGH SECURITY não foram criadas para o exercício de uma atividade econômica organizada. Essa é a causa imanente às sociedades empresárias.

Seu propósito foi outro. Mas daí não decorre que houve falsidade material na sua constituição. Muito menos que houve conduta concretizada após a ocorrência do fato gerador (sonegação ou segunda parte da fraude) ou conduta concretizada no iter formativo do fato gerador (primeira parte da fraude).

Consequentemente, é de se afastar a qualificação da multa aplicada.

Como decorrência, a multa de ofício somente seria qualificada nos casos de evidente intuito de fraude nos termos dos artigos 71, 72 e 73 da Lei n. 4.502/64, sendo que tais artigos sempre exigem uma conduta dolosa, conforme trecho abaixo:

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

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

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

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

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

A meu ver, os problemas relativos à data do laudo não são suficientes para demonstração da prática dolosa, não há que se falar em qualificação da multa de ofício.

Diante do exposto, voto afastar a qualificação da multa de ofício.

Da Questão da Concomitância da Multa Qualificada e da Multa Isolada

Apesar de constante a discussão acerca da possibilidade de incidência conjunta entre as multas de ofício e isolada, tenho me manifestado quanto à impossibilidade da concomitância. Entendo ser aplicável o conteúdo da Súmula 105 deste e. CARF aos casos de concomitância de multa isolada e de ofício quando em razão do não pagamento de estimativas:

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.

É importante ressaltar que a própria C. Câmara Superior de Recursos Fiscais entendeu que a multa hoje prevista no art. 44, II, b da Lei nº 9430/96 corresponde a multa prevista no art. 44, §1º, IV da mesma Lei. Ou seja, a mera alteração geográfica da multa não é suficiente para afastar o racional subjacente da Súmula:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica IRPJ

Ano-calendário: 2002, 2003

FALTA DE RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVAS MENSIS. MULTA ISOLADA.

A falta de recolhimento de estimativas mensais de IRPJ e CSLL por contribuinte optante pela tributação com base no lucro real anual, enseja a aplicação da multa isolada, independentemente do resultado apurado pela empresa no período.

MULTA ISOLADA. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO APÓS O ENCERRAMENTO DO ANO-CALENDÁRIO.

Não há dúvida quanto à possibilidade de aplicação da multa isolada após o fim do ano-calendário a que corresponde a estimativa faltante. O texto da lei diz que a pessoa jurídica que deixar de recolher estimativa fica sujeita à multa isolada “ainda que tenha sido apurado prejuízo” e não “ainda que venha a ser apurado prejuízo...”, numa clara

indicação de que a multa deve ser aplicada mesmo com o período já encerrado, e não apenas no ano em curso.

REVOGAÇÃO DE NORMA LEGAL. INOCORRÊNCIA.

A Lei n.º 11.488/2007 não implicou em qualquer revogação da norma que prevê a aplicação de multa isolada para o caso de falta ou insuficiência de recolhimento de estimativa mensal. Houve apenas uma nova disposição do texto normativo, que não se confunde com a norma que dele se extrai. A referida norma legal, antes prevista no art. 44, § 1º, IV, da Lei 9.430/1996, apenas passou a constar do art. 44, II, “b”, da mesma lei, com um percentual menor do que o anteriormente previsto (50% e não mais 75%).

CSLL. FALTA DE RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVAS MENSAIS. MULTA ISOLADA.

Em relação à multa isolada por falta de recolhimento de estimativas mensais, devem ser aplicados à CSLL os mesmos fundamentos adotados para o IRPJ.

(Processo administrativo n.º 10980.016269/200750, acórdão n.º 9101003.869, relatoria do Conselheiro Rafael Vidal de Araújo, julgado em 04/10/2018)

A alteração da legislação em 2007, a meu ver, não altera o raciocínio subjacente à súmula. Assim, entendo que deva ser afastada a multa isolada.

Da Questão dos Juros sobre a Multa de Ofício

Nos termos da Súmula CARF n.º 108, incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, sobre o valor correspondente à multa de ofício.

Conclusão

Ante o exposto, voto por conhecer do Recurso Voluntário e dar-lhe provimento.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Alexandre Evaristo Pinto – Relator