



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	11065.722801/2016-67
ACÓRDÃO	9101-007.200 – CSRF/1ª TURMA
SESSÃO DE	5 de novembro de 2024
RECURSO	ESPECIAL DO PROCURADOR E DO CONTRIBUINTE
RECORRENTE	FAZENDA NACIONAL
INTERESSADO	HARMAN DO BRASIL INDÚSTRIA ELETRÔNICA E PARTICIPAÇÕES LTDA

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2011, 2012, 2013

IRPJ/CSLL. UTILIZAÇÃO DE SOCIEDADE VEÍCULO. REESTRUTURAÇÃO SOCIETÁRIA. AUSÊNCIA DE CONFUSÃO PATRIMONIAL. AMORTIZAÇÃO INDEVIDA DO ÁGIO.

O direito à contabilização do ágio não pode ser confundido com o direito à sua amortização. A amortização do ágio pago com fundamento em expectativa de rentabilidade futura, com fulcro no art. 7º, inciso III da Lei nº 9.532/97, deve atender, prima facie, a quatro premissas básicas, quais sejam:

1. o efetivo pagamento do custo total de aquisição, inclusive o ágio;
2. a realização das operações originais entre partes não ligadas;
3. seja demonstrada a lisura na avaliação da empresa adquirida, bem como a expectativa de rentabilidade futura;
4. a extinção do investimento em razão da absorção do patrimônio da investidora pela investida, ou vice-versa, conforme prevê o art. 386, e seu inciso III, do RIR/99, ou seja, confusão patrimonial entre a investidora e investida.

A utilização de empresa veículo, interposta entre a efetiva investidora e investida, seja para receber os recursos com os quais será efetivada a aquisição com ágio, invalida a dedutibilidade fiscal da amortização do ágio, por ausência da confusão patrimonial entre a efetiva investidora e a investida.

MULTA DE OFÍCIO. INOCORRÊNCIA DE SONEGAÇÃO, FRAUDE OU CONLUÍO. ABUSO DE DIREITO. FRAUDE À LEI. INSTITUTOS CIVIS. IMPOSSIBILIDADE DE QUALIFICAÇÃO DA MULTA.

Não havendo comprovação da ocorrência de sonegação, fraude ou conluio, não se sustenta a qualificação da penalidade. Tanto o abuso de direito quanto a fraude à lei são institutos previstos na lei civil, com características próprias, mas não foram eleitos pelo legislador tributário como razão para qualificação da penalidade. Tratando-se de planejamento tributário, ainda que abusivo, não resta caracterizado o dolo apto a ensejar a qualificação da penalidade, mormente quando não há ocultação da prática e da intenção final dos negócios levados a efeito.

MULTA ISOLADA SOBRE ESTIMATIVAS MENSAS DE IRPJ E CSLL. COBRANÇA CONCOMITANTE COM A MULTA DE OFÍCIO EXIGIDA SOBRE OS TRIBUTOS APURADOS NO FINAL DO PERÍODO DE APURAÇÃO. NÃO CABIMENTO.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer dos Recursos Especiais da Fazenda Nacional e do Contribuinte. No mérito, acordam em: (i) quanto ao recurso da Fazenda Nacional: (a) por maioria de votos, negar provimento em relação à matéria “multa qualificada”, vencida a Conselheira Edeli Pereira Bessa que votou por dar provimento parcial para restabelecer a multa de ofício para o percentual de 100%; e (b) por maioria de votos, negar provimento em relação à matéria “multas isoladas concomitantes”, vencidos os Conselheiros Fernando Brasil de Oliveira Pinto (relator), Edeli Pereira Bessa e Luiz Tadeu Matosinho Machado que votaram por dar provimento; e (ii) relativamente ao recurso do Contribuinte, por voto de qualidade, negar provimento ao recurso, vencidos os Conselheiros Luis Henrique Marotti Toselli, Maria Carolina Maldonado Mendonça Kraljevic, Helder Jorge dos Santos Pereira Júnior e Jandir José Dalle Lucca que votaram por dar provimento. Votaram pelas conclusões, quanto ao conhecimento do recurso do Contribuinte, o Conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado, e, quanto ao mérito, os Conselheiros Edeli Pereira Bessa e Guilherme Adolfo dos Santos Mendes. Manifestou intenção de apresentar declaração de voto, a Conselheira Edeli Pereira Bessa. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Luis Henrique Marotti Toselli. Julgamento realizado após a vigência da Lei nº 14.689/2023, a qual deverá ser observada quando do cumprimento da decisão.

Assinado Digitalmente

Fernando Brasil de Oliveira Pinto – Presidente em exercício e Relator

Assinado Digitalmente

Luis Henrique Marotti Toselli - Redator designado

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

RELATÓRIO

Trata-se de Recursos Especiais interpostos por HARMAN DO BRASIL INDÚSTRIA ELETRONICA E PARTICIPAÇÕES LTDA e pela FAZENDA NACIONAL em face do Acórdão nº 1401-003.185 (19/03/2019), cuja ementa e respectivo dispositivo receberam a seguinte redação:

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

Ano-calendário: 2011, 2012, 2013

IRPJ. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. EXCLUSÕES INDEVIDAS. INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADE INVESTIDORA (EMPRESA **VEÍCULO**) POR SUA INVESTIDA. AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO. INDEDUTIBILIDADE. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO BENEFÍCIO FISCAL.

A amortização do ágio, como regra geral, é indedutível para a apuração do lucro real, bem como da base de cálculo da CSLL. A possibilidade de deduzi-la prevista no art. 386, III, do RIR/99 - art. 7º, III, da Lei 9.532/97 e art. 10 da Lei 9.718/98 não pode prevalecer quando, para sua configuração, é utilizada uma empresa **veículo** (incorporada em curto espaço de tempo), para, em nome dela, serem adquiridas ações com ágio, pago com recursos obtidos em função do patrimônio da própria incorporadora.

A condição legal de ocorrência de uma operação de incorporação, mediante extinção da investida ou da investidora, **não pode ser admitida apenas como uma exigência formal**, mas deve ser considerada como um requisito de efetivo conteúdo econômico e societário, que reflita um verdadeiro propósito negocial e não apenas uma opção empresarial dos interessados, sob pena de se interpretar extensivamente uma norma concessiva de um benefício, hipótese vedada pelo art. 111 do CTN.

MULTA QUALIFICADA. Para que se possa preencher a definição do evidente intuito de fraude que autoriza a qualificação da multa, nos termos do artigo 44, II, da Lei 9.430/1996, é imprescindível identificar a conduta praticada: se sonegação,

fraude ou conluio -- respectivamente, arts. 71, 72 e 73 da Lei 4.502/1964. A mera imputação de simulação não é suficiente para a aplicação da multa de 150%, sendo necessário comprovar o dolo, em seus aspectos subjetivo (intenção) e objetivo (prática de um ilícito).

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA PASSIVA SOLIDÁRIA. SÓCIOS ADMINISTRADORES. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO DOLO EVIDENTE.

Não basta para caracterizar a responsabilidade tributária solidária dos sócios, que estes meramente estejam exercendo função sócio-administrativa na pessoa jurídica autuada. O dolo evidente de infringir a lei ou estatuto empresarial deve restar robustamente comprovado nos autos para que tal responsabilização surta efeitos justos.

APLICAÇÃO CONCOMITANTE DE MULTA DE OFÍCIO E MULTA ISOLADA. Incabível a aplicação concomitante de multa isolada por falta de recolhimento de estimativas no curso do período de apuração e de ofício pela falta de pagamento de tributo apurado no balanço. A infração relativa ao não recolhimento da estimativa mensal caracteriza etapa preparatória do ato de reduzir o imposto no final do ano. A primeira conduta é meio de execução da segunda. A aplicação concomitante de multa de ofício e de multa isolada na estimativa implica em penalizar duas vezes o mesmo contribuinte, já que ambas as penalidades estão relacionadas ao descumprimento de obrigação principal que, por sua vez, consubstancia-se no recolhimento de tributo.

CONFISCO. INCONSTITUCIONALIDADE. APRECIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

À autoridade julgadora é vedado afastar a aplicação da lei sob fundamento de inconstitucionalidade, pelo que é impossível apreciar as alegações de ofensa aos princípios constitucionais da vedação ao confisco, razoabilidade e proporcionalidade.

Súmula CARF nº 2: "O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária".

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO.

Súmula CARF 108, no sentido de que: "Incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, sobre o valor correspondente à multa de ofício".

JUROS SELIC.

Súmula CARFnº 4: "A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais".

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, (i) por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso para afastar a qualificação da multa de ofício de 150% para 75% e a responsabilidade solidária de Fábio Floriani e Rodrigo Rihl Kniest e negar provimento em relação à incidência de juros sobre a multa de ofício e alegações quanto ao confisco; (ii) por voto de qualidade, negar provimento ao recurso em relação à dedutibilidade das despesas com ágio, vencidos os Conselheiros Daniel Ribeiro Silva, Luciana Yoshihara Arcângelo Zanin, Letícia Domingues Costa Braga e Eduardo Morgado Rodrigues. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Cláudio de Andrade Camerano; (iii) por maioria de votos, dar provimento ao recurso para afastar a aplicação da multa isolada, vencidos os Conselheiros Cláudio de Andrade Camerano, Carlos André Soares Nogueira e Luiz Augusto de Souza Gonçalves.

Trata o presente processo de autos de infração de IRPJ e CSLL, referente aos anos-calendário 2011, 2012, e 2013, decorrentes da glosa de despesas relacionadas ao ágio na aquisição de participação acionária, com multa qualificada de 150%, sob a acusação fiscal da prática de operações simuladas com o objetivo de utilização do ágio pago efetivamente por empresa situada no exterior, por meio de empresa veículo, e lançamento de multa isolada por falta de recolhimento das estimativas devidas. Foi, ainda, atribuída responsabilidade solidária aos administradores da autuada, mas esta matéria não se encontra mais em litígio, posto que afastada pelo acórdão recorrido, sem recurso por parte da PGFN.

Por bem descrever os fatos e as alegações em litígio, aproveito parte do relatório da decisão recorrida, naquilo que importa ao presente recurso, complementando-o ao final.

Os fatos apurados pela Autoridade Lançadora estão descritos no Relatório Fiscal (fls. 2016 a 2082), a seguir sintetizado.

O procedimento fiscal no Contribuinte em epígrafe iniciou-se em 26/04/2016, através do Termo de Início de Procedimento Fiscal – TIPF, seguido de mais cinco intimações.

Inicialmente, foram apresentadas informações básicas das partes envolvidas nas operações societárias analisadas:

“a) Eletrônica Selenium S.A . (Selenium): empresa operacional objeto da aquisição por parte do Grupo Harman, atual Harman do Brasil Indústria Eletrônica e Participações Ltda (Sujeito Passivo deste lançamento). Tratava-se à época de uma sociedade anônima de capital fechado, cujo controle acionário era exercido diretamente por pessoas físicas.

b) Acionistas da Eletrônica Selenium (Acionistas): grupo composto por oito pessoas físicas que detinham cem por cento do capital da companhia.

c) Harman do Brasil Indústria Eletrônica e Participações Ltda – CNPJ 11.543.406/0001-37 (Harman Intermediária): essa sociedade é resultante da aquisição de um CNPJ preexistente e sem operações, e serviu de intermediária para receber o aporte de recursos vindo do exterior para

aquisição das ações da Selenium com ágio. Teve como sócias duas holdings do Grupo Harman, uma localizada na Holanda e outra nos Estados Unidos. Por ser homônima do atual Sujeito Passivo, doravante será mencionada como Harman Intermediária ou empresa veículo.

d) Wild Mountain Holding B.V., depois denominada Harman Netherlands B.V (Holding/Holding Holandesa): sociedade estrangeira do Grupo Harman que aportou capital como sócia na Harman Intermediária. Isso ocorreu na compra do CNPJ, ocorrida em 11/05/2010, e depois por aumento de capital na quantia de 116,5 milhões, o que possibilitou o pagamento das ações aos vendedores. Em momento subsequente, com a extinção da Harman Intermediária, essa Holding passa a ser sócia direta da Selenium.

e) Harman Professional Inc . (Holding/Holding Americana): sociedade estrangeira do Grupo Harman que aportou capital como sócia na Harman Intermediária. Isso ocorreu na compra do CNPJ, ocorrida em 11/05/2010, com uma participação simbólica de R\$ 1,00, e se manteve assim mesmo com o aumento de capital no futuro. Em momento subsequente, com a extinção da Harman Intermediária, essa Holding passa a ser sócia direta da Selenium.

f) Harman International Industries, Incorporated (Harman International): empresa americana, líder mundial do Grupo Harman, com ações negociadas em bolsa de valores nos EUA. A mesma, conduziu as negociações de aquisição da Eletrônica Selenium, que tiveram início bem antes da formalização levada a efeito no Brasil, e também figurou como Garantidora no Contrato de Compra e Venda das ações.”

Autoridade Fiscal adianta que as operações societárias tratam da aquisição de uma empresa brasileira por um grupo empresarial estrangeiro, mas que, formalmente, deu-se outro tratamento formal ao negócio.

Narrou a Autoridade Fiscal que o Contrato de Compra e Venda das ações da Eletrônica Selenium foi firmado entre os Acionistas desta e a Harman Intermediária na data de 01/06/2010. Diz que no próprio Contrato são citados fatos, relacionados às negociações, ocorridos já em 2006. Nesse sentido, uma Carta de Intenções definindo várias premissas básicas para fechamento do negócio, inclusive preço, foi enviada em 01/03/2010 por Harman International para Koliver Consultoria e Participações Ltda, empresa que intermediava a operação representando os vendedores. Acrescentou que a assinatura do contrato por uma pessoa jurídica recém-criada no Brasil tratou-se de mera formalidade de algo que já estava definido.

Em seguida, a Autoridade Fiscal apresentou os passos da operacionalização formal ocorrida no Brasil:

“1ª) 11/05/2010: uma sociedade denominada Messina Participações Ltda, com endereço em um escritório de advocacia na cidade do Rio de Janeiro, e

sem atividade operacional declarada, é adquirida pelas Holdings Holandesa e Americana, as quais aportaram capital inicial de R\$ 499,00 e R\$ 1,00, respectivamente. No mesmo ato a denominação social passou a ser Harman do Brasil Indústria Eletrônica e Participações Ltda, com novo objeto social (a fabricação, teste e desenvolvimento de produtos eletrônicos; participação em outras sociedades), mantendo-se, porém, o mesmo endereço na Rua Candelária nº 79 – Cobertura 01 Parte. Alterações Contratuais fls. 381/432.

2º) 27/05/2010: As Holdings aumentam capital na Harman Intermediária, num total de R\$ 116.056.940,00, por meio de recursos oriundos do exterior. Com isso a Harman Holandesa passou a deter R\$ 116.056.939,00 e a Harman Americana R\$ 1,00. Alterações Contratuais fls. 409/419.

3º) 01/06/2010: É formalizado o Contrato de Compra e Venda de Ações da Selenium, tendo de um lado a Harman Intermediária como compradora e a Harman International como Garantidora; de outro, os Acionistas como vendedores. Conforme acordado, a Harman Intermediária procedeu ao pagamento de 85% do valor negociado e assumiu o restante da dívida a ser quitada no prazo de 12 meses. O preço total acertado foi de R\$ 137.030.000,00, sendo pago no ato da assinatura a quantia de R\$ 116.030.000,00, restando um saldo de R\$ 21.000.000,00, com R\$ 3.000.000,00 deste pendente de decisão judicial sobre assunto tributário relacionado ao ICMS (esta última parcela acabou não sendo paga).

O Balanço Patrimonial levantado na Selenium em 31/05/2010 apontou um Patrimônio Líquido de R\$ 25.603.829,00. Na contabilidade da Harman Intermediária, na data de 01/06/2010, foi registrado 25,3 milhões de Investimento + 77,9 mi de Ágio + 6,6 mi de Imobilizado Valor Justo + 25,1 mi de Intangível. Em ajustes contábeis de 30/09/2010, todas as três últimas rubricas passaram a ter tratamento de Ágio. Dctos às fls. 739/740 – 1139/1150.

Graficamente podemos assim demonstrar essa primeira operação societária:

A seguir, destacamos os principais pontos da análise detalhada feita pela Autoridade Fiscal das operações societárias realizadas.

Contrato de Compra e Venda de Ações

- O contrato original foi escrito na língua inglesa e apenas esse possuía validade jurídica, embora a negociação tenha ocorrido entre duas empresas brasileiras.
- A cláusula 5.01 do “Termo de Confidencialidade” (de 23/10/2006) foi firmada entre Harman International e Koliver Consultoria, em nome da Eletrônica Selenium. As negociações foram concluídas em 2010
- O contrato, em sua cláusula 5.01, menciona um “Termo de Confidencialidade, que seria datado de 23/10/2006, firmado entre Harman International e Koliver Consultoria, em nome da Eletrônica Selenium. Novamente, depreende-se que as negociações de venda tiveram início bem antes da sua conclusão, em 2010. Da mesma forma, fica evidente da leitura da citada cláusula que quem negociava por parte do Grupo Harman era a companhia líder Harman International.

Intimado a justificar tal fato, o Contribuinte alegou que se tratava de um documento assinado entre Koliver e Harman International, do qual não teria acesso. Conforme cláusula citada, esse não era o caso, já que a Consultoria atuava em nome da Eletrônica Selenium. Abaixo, a cláusula 5.01:

Cláusula 5.01. Confidencialidade. Os termos do acordo de não divulgação datado de 23 de outubro de 2006 (“Termo de Confidencialidade”), por e entre a Harman International Industries, Inc. (“Harman”) e a Koliver & Co. LLC, em nome da Sociedade, estão incorporados por referência nesta Cláusula 5.01 (com exceção dos artigos II, IV, VI, VII, VIII, XI e XII) e vinculam cada um dos Vendedores, como se fossem partes do mesmo,

- Várias cláusulas do Contrato fazem menção a um documento chamado “Carta de Divulgação” (2.03, 2.04, 2.05, 3.03, 3.06, 3.11, 3.12, 3.13, 3.14, 3.17, 3.18, 3.20, 3.21 e 3.23). O Contribuinte, intimado a apresentar tal documento, explica que se trataria do Memorando de Intenções que já havia sido enviado à Fiscalização. Porém, a Autoridade Fiscal afirma que o Memorando (Carta de Intenções/ Disclosure Letter) trata de algo diverso, pois na Carta de Divulgação são apontadas cláusulas semelhantes às do Contrato, o que não se visualiza naquele.

Novamente intimado a apresentar o documento, após pedido de prazo, a Harman alegou não ter encontrado o referido documento, deixando de atender à demanda da Fiscalização.

A Autoridade Fiscal observa que por ser citada como referência na formalização do Contrato, a citada Carta é anterior a ele.

● A Autoridade Fiscal intimou o Contribuinte a apresentar o Memorando de Intenções que antecedeu a operação de compra e venda de ações da Selenium. O Contribuinte apresentou documento redigido em inglês intitulado “Disclosure Letter”; posteriormente foi apresentada a sua tradução juramentada em língua portuguesa: “Carta de Intenções”. A Carta de Intenções é um documento encaminhado em 01/03/2010 pela Harman International para a Consultoria Koliver. Nele, afirmava-se o compromisso de compra das ações da Selenium. A Consultoria procedeu ao retorno da Carta, na data de 10/03/2010, com o aceite e a assinatura da Consultoria e dos Acionistas Vendedores.

Principais informações do documento:

a) Data de Envio pela Compradora : 01/03/2010.

b) Remetente: Harman International.

c) Destinatário: Koliver Consultoria.

d) Data de Retorno: 10/03/2010.

e) Signatários: Harman International, Koliver Consultoria e Acionistas Vendedores.

f) Proposta e Aceite: o documento menciona tratativas em curso sobre potencial aquisição por Harman International Industries Incorporated ou por uma subsidiária desta.

g) Preço: fixado na faixa entre 100 e 145 milhões de reais, dependendo do resultado societário da Selenium no primeiro trimestre de 2010.

h) Divulgação: da mesma forma que constou do Contrato de Compra e Venda, também foi citado o acordo de confidencialidade entre Harman International e Koliver Consultoria firmado em 2006.

i) Pagamento: pagamento seria feito em dólares norte-americanos ou em reais se o pagamento viesse a ser realizado por meio de uma subsidiária a ser criada no Brasil, se fosse o caso.

A Autoridade Fiscal observa que no período de tramitação dessa Carta, a Harman Intermediária não existia. Havia apenas o CNPJ como Messina Participações em um escritório de advocacia no Rio de Janeiro.

● A Autoridade Fiscal empreendeu pesquisas na web e encontrou anúncio do Negócio nos Estados Unidos. Esse fato se justifica pela razão de que a Harman International, que comandou a negociação, é uma companhia aberta nos EUA e, como tal, deve dar publicidade desses negócios.

No website da empresa, seção de relacionamento com investidores (<http://investor.harman.com/releasedetail.cfm?ReleaseID=483721>), foi encontrada uma nota, com data de 29/04/2010, na qual foi feito um anúncio de acordo para aquisição da Eletrônica Selenium (juntada às fls. 1514 a 1515 dos autos).

Nessa nota, a Harman anunciava que havia chegado a um princípio de acordo para adquirir a Eletrônica Selenium S/A.

Dessa forma, o referido comunicado, somado à Carta de Intenções de março/2010, não deixa dúvidas de que o negócio estava definitivamente fechado ao final de abril de 2010.

Ainda de acordo com o anúncio, a operação estava pendente de documentação final, razão pela qual a Autoridade Fiscal conduziu que dentre essas formalidades finais estaria indusa a implementação do planejamento tributário aqui no Brasil. A Harman Intermediária foi formalmente constituída apenas em 11/05/2010, portanto após o referido anúncio nos EUA. De fevereiro até início de maio/2010, existia apenas um CNPJ com nome de Messina Participações.

HARMAN INTERMEDIÁRIA

A Autoridade Fiscal apresenta informações sobre o uso de empresa que lhe permitisse obter o ganho tributário no Brasil, a Harman do Brasil Indústria Eletrônica e Participações Ltda – CNPJ 11.543.406/0001-37, indicada aqui como Harman Intermediária. As principais características são as seguintes:

- O CNPJ da empresa foi registrado em 10/02/2010, como Messina Participações Ltda, com os sócios Vinícius Aguillar Duarte e Rogéria de Cássia Pinsard, endereço cadastral no Rio de Janeiro, Rua Candelária nº 79 – Cobertura 01. No seu website, constava como pertencente a um escritório de consultoria chamada Eduardo Duarte Consultores (<http://edconsultores.com.br/>). Não foram identificadas declarações que indicassem o desenvolvimento de atividades operacionais por parte da PJ Messina.

Em 11/05/2010, foi realizada uma alteração no Contrato Social de Messina Participações, que formalizou a saída dos então sócios e a admissão das duas Holdings Harman como novas sócias. Wild Mountain Holding B.V. e Harman Professional Inc. mantiveram, nesse momento, o valor de capital já existente de R\$ 500,00. O endereço permaneceu o mesmo e a denominação social passou a ser Harman do Brasil Indústria Eletrônica e Participações Ltda.

Em 27/05/2010 houve um aumento de capital na quantia de R\$ 116.056.940,00, passando a R\$ 116.057.440,00, sendo R\$ 116.057.439,00 pertencente à Holding Holandesa e R\$ 1,00 à Holding Americana.

- Sobre os registros contábeis da Harman Intermediária, a Autoridade Fiscal relatou que teve grande dificuldade na sua obtenção. Somente após a terceira intimação é que houve acesso aos livros Diário. Foram entregues 3 livros, inicialmente apenas o livro do período da Messina foi registrado na Junta Comercial; posteriormente o livro nº 2; o 3 não foi registrado). Os livros Razão não foram apresentados.

A forma como o ágio foi contabilizado implicava na existência de um laudo, que havia sido solicitado pela Autoridade Fiscal. Em resposta a essa demanda a

empresa apresentou um único laudo emitido por Ernst & Young Assessoria Empresarial Ltda (fls. 643/735).

Para a Fiscalização, essa avaliação não serviria para embasar os lançamentos contábeis, pelos seguintes motivos:

a) Na parte introdutória do laudo, os avaliadores explicitam que este não deverá ser utilizado para embasar registros contábeis.

b) O laudo traz uma avaliação geral baseada apenas em expectativa de rentabilidade futura, onde chegou a um valor estimado de R\$ 155 milhões, sem fazer menção às rubricas reconhecidas na contabilidade da Harman Intermediária.

Intimado a justificar essas diferenças, o Contribuinte admitiu que o documento suporte para os registros contábeis não fora aquele primeiro laudo da Ernst & Young (E&Y), no entanto, deixou de juntar o documento que teria sido a base dos lançamentos contábeis, razão pela qual a Autoridade Fiscal considerou os registros iniciais do Investimento, constantes do livro Diário da Harman Intermediária, sem documento suporte.

Feita nova intimação, desta feita o Contribuinte muda de versão, passando a afirmar que o laudo já entregue serviu sim para suporte do ágio com fundamento em rentabilidade futura, no montante de R\$ 77.958.808,71.

No tocante ao embasamento das duas outras rubricas de ágio (Imobilizado Fair Value e Intangível), apresentou um outro laudo, também emitido pela Ernst & Young, num primeiro momento em língua inglesa, depois com a versão traduzida. Portanto, os dois laudos serviram de referência para os registros contábeis de 01/06/2010, o primeiro justificando a parcela com fundamento em rentabilidade futura; e o segundo, as parcelas pagas por valor de imobilizados e intangíveis.

A Fiscalização destaca lançamento de 30/09/2010 em que o Contribuinte aumentou o saldo de ágio de R\$ 77.958.808,71 para R\$ 109.680.808,71. Questionado a respeito das reversões de depreciação/amortização que geraram o aumento do Ágio pela aglutinação das outras contas, a Harman justificou que fez isso baseada no Laudo de Rentabilidade Futura emitido pela E&Y.

A resposta do Contribuinte, segundo a Autoridade Fiscal, possui posicionamentos confusos e divergentes:

a) Numa primeira versão, quando fez referência ao primeiro laudo (rentabilidade futura), a Harman afirmou que: “Com efeito, não foi o Laudo que foi contabilizado”.

b) Depois afirmou que o laudo de rentabilidade futura serviu de suporte para o lançamento da maior parcela de ágio (77.958.808,71), reconhecida na contabilidade em 01/06/2010.

c) Na mesma carta resposta em que traz a informação da letra “b”, argui que, em 30/09/2010, unificou as três rubricas de ágio em uma única, e reverteu todas as depreciações e amortizações realizadas até então, tudo isso com base na mesma

peça avaliativa que já servira de base para o registro contábil de ágio de rentabilidade futura em 01/06.

Assim, se a empresa dispunha dos dois laudos para os registros contábeis de 01/06, e fez esse reconhecimento de maneira discriminada (rentabilidade futura/ imobilizado/ intangível), por qual motivo modificou isso em 30/09? Entendeu a Fiscalização que a única resposta plausível é que a Harman quis aproveitar-se para fins fiscais da totalidade do sobrepreço despendido como se decorrente de estimativa de rentabilidade futura fosse.

Em 30/11/2010, ocorreu a formalização da incorporação reversa, quando a Harman Intermediária foi incorporada pela atual Harman do Brasil, sendo carreado para a incorporadora um ágio de R\$ 109.680.808,71.

Em seguida, a Autoridade Fiscal apresenta e discorre sobre as normas fiscais e contábeis sobre o registro de ágio. Após essa apresentação, a Fiscalização disse que, avaliando-se apenas o aspecto formal, a partir dos lançamentos registrados pela Harman Intermediária, por ocasião da aquisição da Selenium, depreende-se que foram usados os três fundamentos previstos na lei para embasamento do ágio, pois além do valor de PL, a diferença paga a maior foi dividida em três parcelas, e cada uma delas guarda relação com a redação dos incisos do § 2º do art. 385 do RIR.

- Ágio Eletrônica Selenium S/A – 77.958.808,71 / Inciso II – rentabilidade futura;
- Imobilizado Fair Value – 6.596.000,00 / Inciso I – Valor de mercado de bens do Imobilizado;
- Intangível – 25.126.000,00 / Inciso III – Intangíveis.

O § 3º do art. 385 do RIR/99 determina que os lançamentos baseados nos incisos I e II do § 2º deveriam ser suportados em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração. A Harman apresentou os dois citados laudos, e afirmou que foram estes documentos que serviram de base para os registros contábeis no momento do investimento (01/06).

Portanto, o reconhecimento contábil, por ocasião da aquisição da participação, a que estava obrigada a empresa por força legal foi esse. Essa discriminação permaneceu assim até o final do mês de setembro/2010. Somente em 30/09, ou seja, às vésperas da incorporação reversa, quando o ágio passaria a ser amortizado para fins fiscais, houve unificação em uma única rubrica.

Pelas razões expostas, as amortizações fiscais do ágio em pauta foram glosadas na sua totalidade.

Em seguida, tratou das normas contábeis.

Conforme afirmação da Harman, baseada em dois laudos emitidos pela E&Y, foram realizados os lançamentos iniciais da aquisição, onde foi reconhecida apenas a parcela de 77,9 milhões como ágio decorrente de expectativa de

rentabilidade futura. No tocante às parcelas de Imobilizado e Intangível o Laudo correspondente afirma que foram determinados os valores de mercado dos bens.

Para a Fiscalização, seria injustificável haver avaliações periciais apontando que o pagamento a maior teve por base diferença entre custo contábil e valor de mercado de Imobilizado e Intangível, enquanto que ao Fisco tudo seria informado como expectativa de rentabilidade futura.

Dessa forma, tratando aqui apenas do aspecto formal legal, pois esse ágio não será aceito em sua integralidade para fins fiscais, caso a dedutibilidade fosse possível, nos termos do art. 386, III do RIR/99, isso seria cabível apenas para a parcela de amortização incidente sobre o valor de R\$ 77.958.808,71, reconhecido como expectativa de rentabilidade futura por ocasião da aquisição da participação.

A unificação das parcelas de Imobilizado Fair Value e Intangível ao Ágio de rentabilidade futura, aumentando esse valor em mais de 31 milhões de reais, não encontra guarida nas Normas Contábeis ou na Lei Fiscal. Portanto, nem sob o aspecto formal legal aqui revisto isso seria permitido.

Continuando, a Autoridade Fiscal tratou dos laudos elaborados pela Ernst & Young.

O Laudo de Expectativa de Rentabilidade Futura foi entregue em resposta ao Termo de Início de Fiscalização, com a alegação de que seria o único documento suporte para os lançamentos contábeis. Depois, ao ser questionada, a Harman veio afirmando que: “Com efeito, não foi o Laudo que foi contabilizado”. Na sequência, em manifestação a nova intimação (TIF nº 5), o Contribuinte contradiz-se novamente alegando que este foi o documento suporte para o lançamento da parcela de ágio com fundamento em expectativa de rentabilidade futura.

Informações extraídas do Laudo:

- a) Empresa Avaliadora: Ernst & Young Assessoria Empresarial Ltda.
- b) Destinatário: Harman International Industries, Inc.
- c) Data de emissão: 24/06/2010.
- d) Data-base de avaliação: 30/04/2010.
- e) No campo de assinatura dos sócios/gerentes da E&Y consta a expressão “Rascunho para Discussão”. Ao ser questionada sobre isso, a Harman informou que apesar da observação, essa é a última versão do documento (TIF nº 4, item 2).
- f) Na parte introdutória do laudo, os peritos fazem uma ressalva no sentido de esclarecer que o documento não deveria ser usado para qualquer outro fim diferente do atendimento à legislação fiscal.
- g) A avaliação teve por objetivo avaliar a rentabilidade futura do Grupo Selenium com o uso da metodologia do Fluxo de Caixa Descontado (FCD).

h) O valor estimado, baseado nas informações recebidas e no trabalho realizado, ficou em aproximadamente 155 milhões de reais.

i) O contrato de prestação de serviços para realizar a avaliação econômico-financeira foi firmado entre Ernst & Young e Harman International (fls.1177/1185 – 1211/1217). A data do documento é de 19/05/2010, após a formalização da Harman Intermediária (11/05), a formal adquirente.

j) O faturamento dos serviços foi feito por Invoice contra a Harman International (fls. 1186/1189).

k) Nas mais de noventa páginas do laudo, o nome da Harman Intermediária (Harman do Brasil) não aparece uma única vez. Já a Harman International e seus diretores são citados em dezenas de oportunidades.

l) Ao fazer referência às pessoas com quem se reuniu durante os trabalhos a E&Y menciona os Diretores da Harman International. Os srs. Rodrigo Rihl Kniest e Fábio Floriani são vistos como Diretor Presidente (CEO) e Diretor Financeiro (CFO), respectivamente, do Grupo Selenium apenas. Cabe lembrar que ambos foram nomeados Diretores da Harman Intermediária desde sua constituição em 11/05/2010.

Dos dados acima elencados, conclui-se que foi elaborada uma avaliação econômico-financeira, emitida pela Consultoria Ernst & Young, em período posterior à constituição formal da Harman Intermediária, sem que essa tenha sido citada uma única vez, embora tenha constado do contrato de compra e venda das ações como se fosse a real adquirente.

O laudo foi contratado pela Harman International e apenas esta é mencionada no documento. As pessoas consultadas na avaliação aqui no Brasil teriam sido apenas os representantes do Grupo Selenium. Ou seja, a adquirente, sob aspecto formal, de uma participação societária de mais de 130 milhões de reais, em nenhum momento constou como interessada da avaliação.

Quanto ao segundo laudo, Laudo Imobilizado e Intangível, a Autoridade Fiscal relembra que a Harman foi intimada a apresentar o laudo que teria embasado os lançamentos de ágio na Harman Intermediária, mas esta deixou de apresentar essa segunda avaliação. Numa segunda intimação (TIF nº 4) também optou pela não apresentação do documento e, somente na terceira vez em que foi intimada especificamente sobre o assunto (TIF nº 5), trouxe o laudo.

Principais informações extraídas do Laudo:

a) Empresa Avaliadora: Ernst & Young Assessoria Empresarial Ltda.

b) Destinatário: Harman International Industries, Inc.

c) Documento original em língua inglesa (tradução apenas para atender à Fiscalização).

d) Data de emissão: 02/07/2010

e) Data-base de avaliação: 30/04/2010

f) Na parte introdutória do laudo, a E&Y esclarece que está emitindo o laudo a pedido da Harman International Inc., e, no decorrer do documento esta será tratada apenas como “Harman”. Nesse sentido, cabe destaque a observação da E&Y na seção inicial (Valuation results / Resultados da Avaliação), onde afirma que entende que o Grupo Selenium foi adquirido em 01/06/2010 pela Harman, referindo-se a Harman International.

g) A avaliação teve por objetivo apuração a valor justo dos ativos tangíveis e intangíveis adquiridos.

h) Os totais obtidos na avaliação foram de 16.363 mil para o Imobilizado e 26.502 mil para os Ativos Intangíveis, o que, descontados os custos contábeis reconhecidas na investida, resultou nas somas de Imobilizado Fair Value e Intangível lançadas na Harman Intermediária. Na resposta ao item 2.2 do TIF nº 6, a Harman esclareceu que o balanço de referência na Selenium foi o de 31/05/2010, mas com valores consolidados de todas empresas do Grupo.

i) O contrato de prestação de serviços para realizar a avaliação econômico-financeira foi firmado entre Ernst & Young e Harman International. A data do documento é de 19/05/2010, momento em que já havia ocorrido a formalização da Harman Intermediária (11/05), a formal adquirente. O contrato é o mesmo para elaboração dos dois laudos.

j) Da mesma forma, o faturamento dos serviços foi feito por Invoice contra a Harman International.

k) Nas 112 páginas do laudo, o nome da Harman Intermediária (Harman do Brasil) não aparece uma única vez. Já Harman International e seus diretores são citados em dezenas de oportunidades.

l) Quando cita as fontes de informações que basearam sua análise, a E&Y cita um certo Estudo da Empresa Selenium elaborado pela Consultoria Koliver & Co.

Apreciada as impugnações, o lançamento foi mantido integralmente, pois após minuciosa análise documental, verificou-se a pendência da necessária documentação que comprovasse tanto o valor total pago quanto o montante do ágio lançado, quanto demonstração de ser o ágio proveniente da expectativa de rentabilidade futura da adquirida, não sendo possível aceitar como válida a parcela da mais valia deduzida no lucro real. Portanto, foi mantida glosa das amortizações de ágio contabilizados, mantida a multa qualificada pela existência de simulação, multa isolada e responsabilidade dos diretores com base no artigo 135, III, do CTN.

Inconformada, interpôs Recurso Voluntário, no qual no mérito reproduz os argumentos levantados na impugnação, embora de forma mais aprimorada.

No recurso voluntário, a recorrente reproduziu os argumentos levantados na impugnação, quais sejam, em síntese,

- (a) Os efeitos tributários das operações societárias fiscalizadas estão previstas na legislação vigente à época dos fatos, sendo legal a formação do ágio e a sua amortização para fins tributários empreendidas pela Recorrente;
- (b) A reorganização societária realizada e a aquisição de empresa por subsidiária localizada no Brasil não conformam o conceito de simulação;
- (c) O montante de ágio amortizado pela Impugnante está amparado em demonstração (Laudo de Avaliação da E&Y - Expectativa de Rentabilidade Futura) que confere absoluta sustentação às amortizações realizadas;
- (d) No caso em que subsistentes, total ou parcialmente, os Autos de Infração, a multa de ofício deve ser readequada para o percentual de 75%;
- (e) Deve ser afastada dos Autos a multa isolada pelo não recolhimento adequado das estimativas mensais, já que essa não pode ser cumulada com a multa de ofício.

O acórdão recorrido, na parte que interessa ao presente julgamento, manteve a glosa de amortização do ágio, reduzindo a multa de ofício aplicada ao percentual de 75%, e cancelando a exigência de multa isolada sobre as estimativas.

RECURSO ESPECIAL DA FAZENDA NACIONAL

Cientificada, a PGFN apresentou Recurso Especial (fls. 3010-3040) em que suscita divergência entre o acórdão recorrido e decisões de outra Turma em relação às matérias ***“qualificação da multa de ofício”*** e ***“cumulação da multa isolada com a multa de ofício”***.

Com relação à qualificação da multa de ofício, foram apresentados como paradigmas os acórdãos nº 9101-002.802 e nº 1101-000.899, e, para a cumulação da multa isolada com a multa de ofício, os acórdãos

O Despacho de Admissibilidade de fls. 3043-3053 assim resumiu as razões da Fazenda Nacional:

Para a admissibilidade do recurso, foram apresentados os seguintes argumentos:

DA DIVERGÊNCIA QUANTO À QUALIFICAÇÃO DA MULTA DE OFÍCIO.

[...]

- de acordo com o Termo e Verificação Fiscal, a empresa fora autuada por ter amortizado fiscalmente um ágio que não cumpre as condições legais para tanto, tendo sido apurado o evidente intuito de fraude por meio da prática de operações simuladas. O fiscal autuante qualificou a multa, aplicando-a no percentual de 150%, em razão da ação intencional do contribuinte para evadir-se do pagamento dos tributos. A ilicitude da amortização do ágio decorreu da intercalação da sociedade-veículo, a qual teve o propósito exclusivo de possibilitar a amortização do ágio na aquisição do investimento;

- na linha da autuação, nos paradigmas também foi entendido que a engenharia societária utilizada para a transferência do ágio caracteriza simulação, uma vez que se presta, apenas, a construir um cenário semelhante à hipótese legal que autoriza a amortização do ágio pago na aquisição de investimentos, devendo, portanto, a multa ser qualificada;
 - entretanto, entendeu a Turma pela manutenção da desqualificação da multa de ofício, ao argumento de que não restou comprovada a fraude ou a simulação. Confirma-se trecho do voto condutor do acórdão recorrido: [...];
 - contudo, analisando hipóteses fáticas bem similares, em que restou caracterizada a utilização de empresa veículo para a transferência de capital em incorporação reversa, já se manifestaram pela manutenção da multa qualificada a 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais e a 1ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento do CARF, no âmbito do Acórdão nº 9101-002.802 e nº 1101-000.899, paradigmas ora suscitados para demonstrar a divergência de interpretação dada à lei tributária;
- [...]

Acórdão 9101-002.802

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano calendário: 2006, 2007, 2008, 2009, 2010

INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADE. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. TRANSFERÊNCIA DE ÁGIO. PLANEJAMENTO FISCAL.

Para dedução fiscal da amortização de ágio é necessário que a incorporação se verifique entre a investida e a pessoa jurídica que adquiriu a participação societária com ágio. Não é possível a amortização do ágio quando a incorporadora não pagou pela aquisição do investimento.

ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Ano calendário: 2006, 2007, 2008, 2009, 2010

MULTA DE OFÍCIO. QUALIFICAÇÃO.

Quando o planejamento tributário evidencia uma intenção dolosa de alterar as características do fato gerador, com intuito de fazer parecer que se tratava de uma outra operação com repercussões tributárias diversas, tem-se a figura da fraude a ensejar a multa qualificada.

[...]

Acórdão nº 1101-000.899

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2004, 2005, 2006, 2007, 2008

TRANSFERÊNCIA DE CAPITAL PARA AQUISIÇÃO DE INVESTIMENTO POR EMPRESA VEÍCULO, SEGUIDA DE SUA INCORPORAÇÃO PELA INVESTIDA. SUBSISTÊNCIA DO INVESTIMENTO NO PATRIMÔNIO DA INVESTIDORA ORIGINAL.

Para dedução fiscal da amortização de ágio fundamentado em rentabilidade futura é necessário que a incorporação se verifique entre a investida e a pessoa jurídica que adquiriu a participação societária com ágio. Não é possível a amortização se o investimento subsiste no patrimônio da investidora original.

MULTA QUALIFICADA.

Sujeita-se à multa qualificada a exigência tributária decorrente da prática de negócio jurídico fictício, que se presta, apenas, a construir um cenário semelhante à hipótese legal que autoriza a amortização do ágio pago na aquisição de investimentos.

[...]

- os acórdãos paradigmas acima evidenciados foram dados, em casos análogos ao presente, em manter a multa de 150%, por aplicação do art. 44, §1º, I, da Lei n.º 9.430/96, uma vez constatado o evidente intuito de fraude, em hipótese, igualmente, de artificialidade da operação mediante a utilização de empresa veículo com nítido caráter de antecipar os efeitos fiscais do ágio para reduzir o ônus tributário;

[...]

CUMULAÇÃO DA MULTA ISOLADA POR FALTA DE RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVA COM A MULTA DE OFÍCIO PROPORCIONAL PARA FATOS GERADORES OCORRIDOS APÓS 2007 – ART. 44 DA LEI 9.430/96.

- a e. Turma a quo julgou incabível a aplicação simultânea da multa isolada pelo não pagamento de estimativas apuradas no curso do ano-calendário e da multa proporcional concernente à falta de pagamento do tributo devido apurado no balanço final do mesmo ano-calendário. Isso porque, segundo a e. Turma, não existe a possibilidade de se aplicar, cumulativamente, a multa de ofício pelo não recolhimento do imposto de renda apurado com o ajuste anual, e a multa isolada pelo descumprimento de obrigação acessória. Transcreve-se os fundamentos adotados pelo voto condutor, para exonerar a multa isolada: [...];

- ocorre que a 1ª Turma da CSRF do CARF, nos acórdãos nº 9101-003.002 e 9101-002.745, ao analisar caso similar, interpretaram o art. 44 da Lei 9.430/96, de modo diverso ao esposado pela e. Câmara *a quo*;

Acórdão nº 9101-003.002, de 08/08/2017.

[...]

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL

Ano-calendário: 2010, 2011

[...]

MULTA ISOLADA POR FALTA DE RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVAS MENSIS. CONCOMITÂNCIA COMA MULTA DE OFÍCIO. LEGALIDADE.

A alteração legislativa promovida pela Medida Provisória nº 351, de 2007, no art. 44, da Lei nº 9.430, de 1996, deixa clara a possibilidade de aplicação de duas penalidades em caso de lançamento de ofício frente a sujeito passivo optante pela apuração anual do lucro tributável. A redação alterada é direta e impositiva ao firmar que "serão aplicadas as seguintes multas". A lei ainda estabelece a exigência isolada da multa sobre o valor do pagamento mensal ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base negativa no ano-calendário correspondente.

No caso em apreço, não tem aplicação a Súmula CARF nº 105, eis que a penalidade isolada foi exigida após alterações promovidas pela Medida Provisória nº 351, de 2007, no art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996.

Acórdão nº 9101-002.745, de 04/04/2017.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2008

MULTA ISOLADA. MULTA DE OFÍCIO. LEI. NOVA REDAÇÃO. FATOS GERADORES A PARTIR DE 2007.

Tratam os incisos I e II do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996 de suportes fáticos distintos e autônomos com diferenças claras na temporalidade da apuração, que tem por consequência a aplicação das penalidades sobre bases de cálculo diferentes. A multa de ofício aplica-se sobre o resultado apurado anualmente, cujo fato gerador aperfeiçoa-se ao final do ano calendário, e a multa isolada sobre insuficiência de recolhimento de estimativa apurada conforme balancetes elaborados mês a mês ou ainda sobre base presumida de receita bruta mensal. O disposto na Súmula nº 105 do CARF aplica-se aos fatos geradores pretéritos ao ano de 2007, vez que sedimentada com precedentes da antiga redação do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, que foi alterada pela MP nº 351, de 22/01/2007, convertida na Lei nº 11.489, de 15/07/2007.

O Despacho de Admissibilidade deu seguimento ao Apelo da Fazenda Nacional, nos seguintes termos:

Em relação à primeira divergência, realmente, enquanto o acórdão recorrido entendeu pela desqualificação da multa de ofício, os acórdãos paradigmas entenderam pela manutenção da multa qualificada, em casos como o dos presentes autos, em que há transferência de capital para aquisição de investimento por empresa veículo, seguida de sua incorporação pela investida.

E quanto à segunda divergência, diferentemente do acórdão recorrido, e também examinando fatos ocorridos após 2007, os paradigmas admitiram a aplicação simultânea da multa isolada pelo não pagamento de estimativas apuradas no curso do ano-calendário e da multa proporcional concenente à falta de pagamento do tributo devido apurado no balanço final do mesmo ano-calendário.

Cientificado do teor do acórdão recorrido e do despacho de admissibilidade, o contribuinte apresentou tempestivas Contrarrazões ao recurso fazendário, nas quais se opõe ao conhecimento do recurso, alegando, com relação à multa qualificada, que: **(i)** o acórdão recorrido aplicou expressamente o entendimento firmado nas Súmulas CARF nº 14 e nº 25, o que não é questionado pelos paradigmas, **(ii)** não foi apontado, de forma objetiva, a legislação que está sendo interpretada de forma divergente, e **(iii)** não há similitude fática entre o recorrido e os paradigmas.

A ausência de similitude estaria caracterizada, em síntese, porque, enquanto nos paradigmas restou comprovada a efetiva ocorrência de fraude e intenção dolosa de alterar as características do fato gerador, no caso recorrido a operação foi considerada lícita em todas as suas fases, tendo sido expressamente afastada a ocorrência de fraude, sonegação, ou conluio.

Com relação à multa isolada, sustenta a ausência de similitude fática entre o recorrido e os paradigmas, e também a inépcia do recurso, por haver no acórdão recorrido fundamento suficiente e não atacado pelos paradigmas abordados, qual seja, o de que o não recolhimento da estimativa mensal caracteriza etapa prévia do ato de reduzir o imposto no final do ano e que, deste modo, a primeira conduta é meio de execução da segunda, pelo que esta resta absorvida por aquela.

A ausência de similitude, por sua vez, estaria caracterizada em razão da natureza das infrações em discussão em cada um dos casos: no acórdão paradigma nº 9101-002.745, a *omissão de receitas pela não comprovação da origem de depósitos bancários ou sua não contabilização e oferecimento à tributação*, e, no acórdão paradigma nº 9101-003.002, as seguintes matérias: *“(1) dedutibilidade dos valores relativos a multas por infrações fiscais; (2) obrigatoriedade da adição de despesas com amortização de ágio na base de cálculo da CSLL; (3) obrigatoriedade de adição, na apuração da base de cálculo da CSLL, de tributos com exigibilidade suspensa; (4) obrigatoriedade de adição, na apuração da CSLL, de valores referentes aos patrocínios e projetos culturais e artísticos definidos na Lei Rouanet; (5) cobrança de multa isolada pela não apuração de estimativas mensais de CSLL, cumulada com a multa de ofício, nos períodos de 2010 e 2011”*.

RECURSO ESPECIAL DO CONTRIBUINTE

Cientificado do teor do acórdão recorrido, o contribuinte apresentou também o seu Recurso Especial (fls. 3063-3092) em que suscita divergência entre o acórdão recorrido e decisões de outra Turma com relação à matéria **“regularidade da dedução das despesas de amortização de ágio”**, apresentando como paradigmas os acórdãos nº 1302-003.434 e nº 1201-001.507, os quais, alega, *“sufragam o entendimento de que a utilização de empresa veículo em aquisição de*

participação societária com ágio e posterior incorporação desta não é causa suficiente para a glosa da dedutibilidade das despesas de amortização de ágio fundado em rentabilidade futura”.

O Despacho de Admissibilidade de fls. 3234-3236 deu seguimento ao Apelo do Contribuinte, nos seguintes termos:

6. Com relação a essa matéria, **ocorre o alegado dissenso jurisprudencial**, pois, em situações fáticas semelhantes, sob a mesma incidência tributária e à luz das mesmas normas jurídicas, chegou-se a conclusões distintas.

7. Enquanto a **decisão recorrida** entendeu que *a possibilidade de deduzi-la [a amortização do ágio], prevista no art. 386, III, do RIR/99 - art. 7º, III, da Lei 9.532/97 e art. 10 da Lei 9.718/98, não pode prevalecer quando, para sua configuração, é utilizada uma empresa **veículo** (incorporada em curto espaço de tempo), para, em nome dela, serem adquiridas ações com ágio, pago com recursos obtidos em função do patrimônio da própria incorporadora, os **acórdãos paradigmas apontados** (Acórdãos nºs 1302-003.434, de 2019, e 1201-001.507, de 2016) decidiram, **de modo diametralmente oposto**, que *a utilização de empresa veículo que viabilize o aproveitamento do ágio, por si só, não desfigura a operação e invalida a dedução do ágio, se ausentes a simulação, dolo ou fraude.**

8. Por tais razões, neste juízo de cognição sumária, conclui-se pela **caracterização da divergência de interpretação suscitada**.

Os autos foram encaminhados à PGFN em 03/03/2020 (fl. 3237) e a Fazenda Nacional apresentou tempestivas Contrarrazões (fl. 3248), nas quais, em uma linha, requer que os fundamentos do voto vencedor do acórdão recorrido sejam utilizados como contrarrazões, *“como se aqui estivessem transcritos, com o consequente desprovimento do apelo”*,

Em seguida, os autos foram submetidos a sorteio, cabendo-me o seu relato.

É o relatório.

VOTO VENCIDO

Conselheiro **Fernando Brasil de Oliveira Pinto**, Relator.

Trata-se de Recursos Especiais interpostos por HARMAN DO BRASIL INDÚSTRIA ELETRONICA E PARTICIPAÇÕES LTDA e pela FAZENDA NACIONAL em face do Acórdão nº 1401-003.185 (19/03/2019), cuja ementa e respectivo dispositivo receberam a seguinte redação:

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

Ano-calendário: 2011, 2012, 2013

IRPJ. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. EXCLUSÕES INDEVIDAS. INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADE INVESTIDORA (EMPRESA **VEÍCULO**) POR SUA INVESTIDA.

AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO. INDEDUTIBILIDADE. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO BENEFÍCIO FISCAL.

A amortização do ágio, como regra geral, é indedutível para a apuração do lucro real, bem como da base de cálculo da CSLL. A possibilidade de deduzi-la prevista no art. 386, III, do RIR/99 - art. 7º, III, da Lei 9.532/97 e art. 10 da Lei 9.718/98 não pode prevalecer quando, para sua configuração, é utilizada uma empresa **veículo** (incorporada em curto espaço de tempo), para, em nome dela, serem adquiridas ações com ágio, pago com recursos obtidos em função do patrimônio da própria incorporadora.

A condição legal de ocorrência de uma operação de incorporação, mediante extinção da investida ou da investidora, **não pode ser admitida apenas como uma exigência formal**, mas deve ser considerada como um requisito de efetivo conteúdo econômico e societário, que reflita um verdadeiro propósito negocial e não apenas uma opção empresarial dos interessados, sob pena de se interpretar extensivamente uma norma concessiva de um benefício, hipótese vedada pelo art. 111 do CTN.

MULTA QUALIFICADA. Para que se possa preencher a definição do evidente intuito de fraude que autoriza a qualificação da multa, nos termos do artigo 44, II, da Lei 9.430/1996, é imprescindível identificar a conduta praticada: se sonegação, fraude ou conluio – respectivamente, arts. 71, 72 e 73 da Lei 4.502/1964. A mera imputação de simulação não é suficiente para a aplicação da multa de 150%, sendo necessário comprovar o dolo, em seus aspectos subjetivo (intenção) e objetivo (prática de um ilícito).

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA PASSIVA SOLIDÁRIA. SÓCIOS ADMINISTRADORES. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO DOLO EVIDENTE.

Não basta para caracterizar a responsabilidade tributária solidária dos sócios, que estes meramente estejam exercendo função sócio-administrativa na pessoa jurídica autuada. O dolo evidente de infringir a lei ou estatuto empresarial deve restar robustamente comprovado nos autos para que tal responsabilização surta efeitos justos.

APLICAÇÃO CONCOMITANTE DE MULTA DE OFÍCIO E MULTA ISOLADA. Incabível a aplicação concomitante de multa isolada por falta de recolhimento de estimativas no curso do período de apuração e de ofício pela falta de pagamento de tributo apurado no balanço. A infração relativa ao não recolhimento da estimativa mensal caracteriza etapa preparatória do ato de reduzir o imposto no final do ano. A primeira conduta é meio de execução da segunda. A aplicação concomitante de multa de ofício e de multa isolada na estimativa implica em penalizar duas vezes o mesmo contribuinte, já que ambas as penalidades estão relacionadas ao descumprimento de obrigação principal que, por sua vez, consubstancia-se no recolhimento de tributo.

CONFISCO. INCONSTITUCIONALIDADE. APRECIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

À autoridade julgadora é vedado afastar a aplicação da lei sob fundamento de inconstitucionalidade, pelo que é impossível apreciar as alegações de ofensa aos princípios constitucionais da vedação ao confisco, razoabilidade e proporcionalidade.

Súmula CARF nº 2: "O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária".

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO.

Súmula CARF 108, no sentido de que: "Incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, sobre o valor correspondente à multa de ofício".

JUROS SELIC.

Súmula CARFnº 4: "A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais".

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, (i) por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso para afastar a qualificação da multa de ofício de 150% para 75% e a responsabilidade solidária de Fábio Floriani e Rodrigo Rihl Kniest e negar provimento em relação à incidência de juros sobre a multa de ofício e alegações quanto ao confisco; (ii) por voto de qualidade, negar provimento ao recurso em relação à dedutibilidade das despesas com ágio, vencidos os Conselheiros Daniel Ribeiro Silva, Luciana Yoshihara Arcângelo Zanin, Letícia Domingues Costa Braga e Eduardo Morgado Rodrigues. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Cláudio de Andrade Camerano; (iii) por maioria de votos, dar provimento ao recurso para afastar a aplicação da multa isolada, vencidos os Conselheiros Cláudio de Andrade Camerano, Carlos André Soares Nogueira e Luiz Augusto de Souza Gonçalves.

Trata o presente processo de autos de infração de IRPJ e CSLL, referente aos anos-calandário 2011, 2012, e 2013, decorrentes da glosa de despesas relacionadas ao ágio na aquisição de participação acionária, com multa qualificada de 150%, sob a acusação fiscal da prática de operações simuladas com o objetivo de utilização do ágio pago efetivamente por empresa situada no exterior, por meio de empresa veículo, e lançamento de multa isolada por falta de recolhimento das estimativas devidas. Foi, ainda, atribuída responsabilidade solidária aos administradores da autuada, mas esta matéria não se encontra mais em litígio, posto que afastada pelo acórdão recorrido, sem recurso por parte da PGFN.

Por bem descrever os fatos e as alegações em litígio, aproveito parte do relatório da decisão recorrida, naquilo que importa ao presente recurso, complementando-o ao final.

Os fatos apurados pela Autoridade Lançadora estão descritos no Relatório Fiscal (fls. 2016 a 2082), a seguir sintetizado.

O procedimento fiscal no Contribuinte em epígrafe iniciou-se em 26/04/2016, através do Termo de Início de Procedimento Fiscal – TIPF, seguido de mais cinco intimações.

Inicialmente, foram apresentadas informações básicas das partes envolvidas nas operações societárias analisadas:

“a) Eletrônica Selenium S.A . (Selenium): empresa operacional objeto da aquisição por parte do Grupo Harman, atual Harman do Brasil Indústria Eletrônica e Participações Ltda (Sujeito Passivo deste lançamento). Tratava-se à época de uma sociedade anônima de capital fechado, cujo controle acionário era exercido diretamente por pessoas físicas.

b) Acionistas da Eletrônica Selenium (Acionistas): grupo composto por oito pessoas físicas que detinham cem por cento do capital da companhia.

c) Harman do Brasil Indústria Eletrônica e Participações Ltda – CNPJ 11.543.406/0001-37 (Harman Intermediária): essa sociedade é resultante da aquisição de um CNPJ preexistente e sem operações, e serviu de intermediária para receber o aporte de recursos vindo do exterior para aquisição das ações da Selenium com ágio. Teve como sócias duas holdings do Grupo Harman, uma localizada na Holanda e outra nos Estados Unidos. Por ser homônima do atual Sujeito Passivo, doravante será mencionada como Harman Intermediária ou empresa veículo.

d) Wild Mountain Holding B.V., depois denominada Harman Netherlands B.V (Holding/Holding Holandesa): sociedade estrangeira do Grupo Harman que aportou capital como sócia na Harman Intermediária. Isso ocorreu na compra do CNPJ, ocorrida em 11/05/2010, e depois por aumento de capital na quantia de 116,5 milhões, o que possibilitou o pagamento das ações aos vendedores. Em momento subsequente, com a extinção da Harman Intermediária, essa Holding passa a ser sócia direta da Selenium.

e) Harman Professional Inc . (Holding/Holding Americana): sociedade estrangeira do Grupo Harman que aportou capital como sócia na Harman Intermediária. Isso ocorreu na compra do CNPJ, ocorrida em 11/05/2010, com uma participação simbólica de R\$ 1,00, e se manteve assim mesmo com o aumento de capital no futuro. Em momento subsequente, com a extinção da Harman Intermediária, essa Holding passa a ser sócia direta da Selenium.

f) Harman International Industries, Incorporated (Harman International): empresa americana, líder mundial do Grupo Harman, com ações negociadas em bolsa de valores nos EUA. A mesma, conduziu as negociações de aquisição da Eletrônica Selenium, que tiveram início bem

antes da formalização levada a efeito no Brasil, e também figurou como Garantidora no Contrato de Compra e Venda das ações.”

Autoridade Fiscal adianta que as operações societárias tratam da aquisição de uma empresa brasileira por um grupo empresarial estrangeiro, mas que, formalmente, deu-se outro tratamento formal ao negócio.

Narrou a Autoridade Fiscal que o Contrato de Compra e Venda das ações da Eletrônica Selenium foi firmado entre os Acionistas desta e a Harman Intermediária na data de 01/06/2010. Diz que no próprio Contrato são citados fatos, relacionados às negociações, ocorridos já em 2006. Nesse sentido, uma Carta de Intenções definindo várias premissas básicas para fechamento do negócio, inclusive preço, foi enviada em 01/03/2010 por Harman International para Koliver Consultoria e Participações Ltda, empresa que intermediava a operação representando os vendedores. Acrescentou que a assinatura do contrato por uma pessoa jurídica recém-criada no Brasil tratou-se de mera formalidade de algo que já estava definido.

Em seguida, a Autoridade Fiscal apresentou os passos da operacionalização formal ocorrida no Brasil:

“1ª) 11/05/2010: uma sociedade denominada Messina Participações Ltda, com endereço em um escritório de advocacia na cidade do Rio de Janeiro, e sem atividade operacional declarada, é adquirida pelas Holdings Holandesa e Americana, as quais aportaram capital inicial de R\$ 499,00 e R\$ 1,00, respectivamente. No mesmo ato a denominação social passou a ser Harman do Brasil Indústria Eletrônica e Participações Ltda, com novo objeto social (a fabricação, teste e desenvolvimento de produtos eletrônicos; participação em outras sociedades), mantendo-se, porém, o mesmo endereço na Rua Candelária nº 79 – Cobertura 01 Parte. Alterações Contratuais fls. 381/432.

2ª) 27/05/2010: As Holdings aumentam capital na Harman Intermediária, num total de R\$ 116.056.940,00, por meio de recursos oriundos do exterior. Com isso a Harman Holandesa passou a deter R\$ 116.056.939,00 e a Harman Americana R\$ 1,00. Alterações Contratuais fls. 409/419.

3ª) 01/06/2010: É formalizado o Contrato de Compra e Venda de Ações da Selenium, tendo de um lado a Harman Intermediária como compradora e a Harman International como Garantidora; de outro, os Acionistas como vendedores. Conforme acordado, a Harman Intermediária procedeu ao pagamento de 85% do valor negociado e assumiu o restante da dívida a ser quitada no prazo de 12 meses. O preço total acertado foi de R\$ 137.030.000,00, sendo pago no ato da assinatura a quantia de R\$ 116.030.000,00, restando um saldo de R\$ 21.000.000,00, com R\$ 3.000.000,00 deste pendente de decisão judicial sobre assunto tributário relacionado ao ICMS (esta última parcela acabou não sendo paga).

6º) Depois de 30/11/2010: O organograma societário permaneceu da forma apresentada acima. Por ocasião da incorporação, Harman do Brasil reconheceu no seu Ativo/Investimentos um ágio de R\$ 109.680.808,71 trazido no acervo da Incorporada.

Após ajustes, lançados durante o ano de 2011 o referido valor passou a ser de R\$ 108.426.170,65. A partir de 01/01/2011 este ágio começou a ser amortizado para fins fiscais à razão de 1/120 ao mês, resultando numa redução do lucro real e da base de cálculo da CSLL de R\$ 10.842.617,04 em cada ano fiscalizado.”

A seguir, destacamos os principais pontos da análise detalhada feita pela Autoridade Fiscal das operações societárias realizadas.

Contrato de Compra e Venda de Ações

- O contrato original foi escrito na língua inglesa e apenas esse possuía validade jurídica, embora a negociação tenha ocorrido entre duas empresas brasileiras.
- A cláusula 5.01 do “Termo de Confidencialidade” (de 23/10/2006) foi firmada entre Harman International e Koliver Consultoria, em nome da Eletrônica Selenium. As negociações foram concluídas em 2010
- O contrato, em sua cláusula 5.01, menciona um “Termo de Confidencialidade, que seria datado de 23/10/2006, firmado entre Harman International e Koliver Consultoria, em nome da Eletrônica Selenium. Novamente, depreende-se que as negociações de venda tiveram início bem antes da sua condução, em 2010. Da mesma forma, fica evidente da leitura da citada cláusula que quem negociava por parte do Grupo Harman era a companhia líder Harman International.

Intimado a justificar tal fato, o Contribuinte alegou que se tratava de um documento assinado entre Koliver e Harman International, do qual não teria acesso. Conforme cláusula citada, esse não era o caso, já que a Consultoria atuava em nome da Eletrônica Selenium. Abaixo, a cláusula 5.01:

Cláusula 5.01. Confidencialidade. Os termos do acordo de não divulgação datado de 23 de outubro de 2006 (“Termo de Confidencialidade”), por e entre a Harman International Industries, Inc. (“Harman”) e a Koliver & Co. LLC, em nome da Sociedade, estão incorporados por referência nesta Cláusula 5.01 (com exceção dos artigos II, IV, VI, VII, VIII, XI e XII) e vinculam cada um dos Vendedores, como se fossem partes do mesmo,

- Várias cláusulas do Contrato fazem menção a um documento chamado “Carta de Divulgação” (2.03, 2.04, 2.05, 3.03, 3.06, 3.11, 3.12, 3.13, 3.14, 3.17, 3.18, 3.20, 3.21 e 3.23). O Contribuinte, intimado a apresentar tal documento, explica que se trataria do Memorando de Intenções que já havia sido enviado à Fiscalização. Porém, a Autoridade Fiscal afirma que o Memorando (Carta de Intenções/

Disclosure Letter) trata de algo diverso, pois na Carta de Divulgação são apontadas cláusulas semelhantes às do Contrato, o que não se visualiza naquele.

Novamente intimado a apresentar o documento, após pedido de prazo, a Harman alegou não ter encontrado o referido documento, deixando de atender à demanda da Fiscalização.

A Autoridade Fiscal observa que por ser citada como referência na formalização do Contrato, a citada Carta é anterior a ele.

- A Autoridade Fiscal intimou o Contribuinte a apresentar o Memorando de Intenções que antecedeu a operação de compra e venda de ações da Selenium. O Contribuinte apresentou documento redigido em inglês intitulado “Disclosure Letter”; posteriormente foi apresentada a sua tradução juramentada em língua portuguesa: “Carta de Intenções”. A Carta de Intenções é um documento encaminhado em 01/03/2010 pela Harman International para a Consultoria Koliver. Nele, afirmava-se o compromisso de compra das ações da Selenium. A Consultoria procedeu ao retorno da Carta, na data de 10/03/2010, com o aceite e a assinatura da Consultoria e dos Acionistas Vendedores.

Principais informações do documento:

a) Data de Envio pela Compradora : 01/03/2010.

b) Remetente: Harman International.

c) Destinatário: Koliver Consultoria.

d) Data de Retorno: 10/03/2010.

e) Signatários: Harman International, Koliver Consultoria e Acionistas Vendedores.

f) Proposta e Aceite: o documento menciona tratativas em curso sobre potencial aquisição por Harman International Industries Incorporated ou por uma subsidiária desta.

g) Preço: fixado na faixa entre 100 e 145 milhões de reais, dependendo do resultado societário da Selenium no primeiro trimestre de 2010.

h) Divulgação: da mesma forma que constou do Contrato de Compra e Venda, também foi citado o acordo de confidencialidade entre Harman International e Koliver Consultoria firmado em 2006.

i) Pagamento: pagamento seria feito em dólares norte-americanos ou em reais se o pagamento viesse a ser realizado por meio de uma subsidiária a ser criada no Brasil, se fosse o caso.

A Autoridade Fiscal observa que no período de tramitação dessa Carta, a Harman Intermediária não existia. Havia apenas o CNPJ como Messina Participações em um escritório de advocacia no Rio de Janeiro.

- A Autoridade Fiscal empreendeu pesquisas na web e encontrou anúncio do Negócio nos Estados Unidos. Esse fato se justifica pela razão de que a Harman

International, que comandou a negociação, é uma companhia aberta nos EUA e, como tal, deve dar publicidade desses negócios.

No website da empresa, seção de relacionamento com investidores (<http://investor.harman.com/releasedetail.cfm?ReleaseID=483721>), foi encontrada uma nota, com data de 29/04/2010, na qual foi feito um anúncio de acordo para aquisição da Eletrônica Selenium (juntada às fls. 1514 a 1515 dos autos).

Nessa nota, a Harman anunciava que havia chegado a um princípio de acordo para adquirir a Eletrônica Selenium S/A.

Dessa forma, o referido comunicado, somado à Carta de Intenções de março/2010, não deixa dúvidas de que o negócio estava definitivamente fechado ao final de abril de 2010.

Ainda de acordo com o anúncio, a operação estava pendente de documentação final, razão pela qual a Autoridade Fiscal conduziu que dentre essas formalidades finais estaria indusa a implementação do planejamento tributário aqui no Brasil. A Harman Intermediária foi formalmente constituída apenas em 11/05/2010, portanto após o referido anúncio nos EUA. De fevereiro até início de maio/2010, existia apenas um CNPJ com nome de Messina Participações.

HARMAN INTERMEDIÁRIA

A Autoridade Fiscal apresenta informações sobre o uso de empresa que lhe permitisse obter o ganho tributário no Brasil, a Harman do Brasil Indústria Eletrônica e Participações Ltda – CNPJ 11.543.406/0001-37, indicada aqui como Harman Intermediária. As principais características são as seguintes:

- O CNPJ da empresa foi registrado em 10/02/2010, como Messina Participações Ltda, com os sócios Vinícius Aguillar Duarte e Rogéria de Cássia Pinsard, endereço cadastral no Rio de Janeiro, Rua Candelária nº 79 – Cobertura 01. No seu website, constava como pertencente a um escritório de consultoria chamada Eduardo Duarte Consultores (<http://edconsultores.com.br/>). Não foram identificadas declarações que indicassem o desenvolvimento de atividades operacionais por parte da PJ Messina.

Em 11/05/2010, foi realizada uma alteração no Contrato Social de Messina Participações, que formalizou a saída dos então sócios e a admissão das duas Holdings Harman como novas sócias. Wild Mountain Holding B.V. e Harman Professional Inc. mantiveram, nesse momento, o valor de capital já existente de R\$ 500,00. O endereço permaneceu o mesmo e a denominação social passou a ser Harman do Brasil Indústria Eletrônica e Participações Ltda.

Em 27/05/2010 houve um aumento de capital na quantia de R\$ 116.056.940,00, passando a R\$ 116.057.440,00, sendo R\$ 116.057.439,00 pertencente à Holding Holandesa e R\$ 1,00 à Holding Americana.

- Sobre os registros contábeis da Harman Intermediária, a Autoridade Fiscal relatou que teve grande dificuldade na sua obtenção. Somente após a terceira intimação é que houve acesso aos livros Diário. Foram entregues 3 livros, inicialmente apenas o livro do período da Messina foi registrado na Junta Comercial; posteriormente o livro nº 2; o 3 não foi registrado). Os livros Razão não foram apresentados.

A forma como o ágio foi contabilizado implicava na existência de um laudo, que havia sido solicitado pela Autoridade Fiscal. Em resposta a essa demanda a empresa apresentou um único laudo emitido por Ernst & Young Assessoria Empresarial Ltda (fls. 643/735).

Para a Fiscalização, essa avaliação não serviria para embasar os lançamentos contábeis, pelos seguintes motivos:

a) Na parte introdutória do laudo, os avaliadores explicitam que este não deverá ser utilizado para embasar registros contábeis.

b) O laudo traz uma avaliação geral baseada apenas em expectativa de rentabilidade futura, onde chegou a um valor estimado de R\$ 155 milhões, sem fazer menção às rubricas reconhecidas na contabilidade da Harman Intermediária.

Intimado a justificar essas diferenças, o Contribuinte admitiu que o documento suporte para os registros contábeis não fora aquele primeiro laudo da Ernst & Young (E&Y), no entanto, deixou de juntar o documento que teria sido a base dos lançamentos contábeis, razão pela qual a Autoridade Fiscal considerou os registros iniciais do Investimento, constantes do livro Diário da Harman Intermediária, sem documento suporte.

Feita nova intimação, desta feita o Contribuinte muda de versão, passando a afirmar que o laudo já entregue serviu sim para suporte do ágio com fundamento em rentabilidade futura, no montante de R\$ 77.958.808,71.

No tocante ao embasamento das duas outras rubricas de ágio (Imobilizado Fair Value e Intangível), apresentou um outro laudo, também emitido pela Ernst & Young, num primeiro momento em língua inglesa, depois com a versão traduzida. Portanto, os dois laudos serviram de referência para os registros contábeis de 01/06/2010, o primeiro justificando a parcela com fundamento em rentabilidade futura; e o segundo, as parcelas pagas por valor de imobilizados e e intangíveis.

A Fiscalização destaca lançamento de 30/09/2010 em que o Contribuinte aumentou o saldo de ágio de R\$ 77.958.808,71 para R\$ 109.680.808,71. Questionado a respeito das reversões de depreciação/amortização que geraram o aumento do Ágio pela aglutinação das outras contas, a Harman justificou que fez isso baseada no Laudo de Rentabilidade Futura emitido pela E&Y.

A resposta do Contribuinte, segundo a Autoridade Fiscal, possui posicionamentos confusos e divergentes:

a) Numa primeira versão, quando fez referência ao primeiro laudo (rentabilidade futura), a Harman afirmou que: “Com efeito, não foi o Laudo que foi contabilizado”.

b) Depois afirmou que o laudo de rentabilidade futura serviu de suporte para o lançamento da maior parcela de ágio (77.958.808,71), reconhecida na contabilidade em 01/06/2010.

c) Na mesma carta resposta em que traz a informação da letra “b”, argui que, em 30/09/2010, unificou as três rubricas de ágio em uma única, e reverteu todas as depreciações e amortizações realizadas até então, tudo isso com base na mesma peça avaliativa que já servira de base para o registro contábil de ágio de rentabilidade futura em 01/06.

Assim, se a empresa dispunha dos dois laudos para os registros contábeis de 01/06, e fez esse reconhecimento de maneira discriminada (rentabilidade futura/ imobilizado/ intangível), por qual motivo modificou isso em 30/09? Entendeu a Fiscalização que a única resposta plausível é que a Harman quis aproveitar-se para fins fiscais da totalidade do sobrepreço despendido como se decorrente de estimativa de rentabilidade futura fosse.

Em 30/11/2010, ocorreu a formalização da incorporação reversa, quando a Harman Intermediária foi incorporada pela atual Harman do Brasil, sendo carregado para a incorporadora um ágio de R\$ 109.680.808,71.

Em seguida, a Autoridade Fiscal apresenta e discorre sobre as normas fiscais e contábeis sobre o registro de ágio. Após essa apresentação, a Fiscalização disse que, avaliando-se apenas o aspecto formal, a partir dos lançamentos registrados pela Harman Intermediária, por ocasião da aquisição da Selenium, depreende-se que foram usados os três fundamentos previstos na lei para embasamento do ágio, pois além do valor de PL, a diferença paga a maior foi dividida em três parcelas, e cada uma delas guarda relação com a redação dos incisos do § 2º do art. 385 do RIR.

- Ágio Eletrônica Selenium S/A – 77.958.808,71 / Inciso II – rentabilidade futura;
- Imobilizado Fair Value – 6.596.000,00 / Inciso I – Valor de mercado de bens do Imobilizado;
- Intangível – 25.126.000,00 / Inciso III – Intangíveis.

O § 3º do art. 385 do RIR/99 determina que os lançamentos baseados nos incisos I e II do § 2º deveriam ser suportados em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração. A Harman apresentou os dois citados laudos, e afirmou que foram estes documentos que serviram de base para os registros contábeis no momento do investimento (01/06).

Portanto, o reconhecimento contábil, por ocasião da aquisição da participação, a que estava obrigada a empresa por força legal foi esse. Essa discriminação permaneceu assim até o final do mês de setembro/2010. Somente em 30/09, ou

seja, às vésperas da incorporação reversa, quando o ágio passaria a ser amortizado para fins fiscais, houve unificação em uma única rubrica.

Pelas razões expostas, as amortizações fiscais do ágio em pauta foram glosadas na sua totalidade.

Em seguida, tratou das normas contábeis.

Conforme afirmação da Harman, baseada em dois laudos emitidos pela E&Y, foram realizados os lançamentos iniciais da aquisição, onde foi reconhecida apenas a parcela de 77,9 milhões como ágio decorrente de expectativa de rentabilidade futura. No tocante às parcelas de Imobilizado e Intangível o Laudo correspondente afirma que foram determinados os valores de mercado dos bens.

Para a Fiscalização, seria injustificável haver avaliações periciais apontando que o pagamento a maior teve por base diferença entre custo contábil e valor de mercado de Imobilizado e Intangível, enquanto que ao Fisco tudo seria informado como expectativa de rentabilidade futura.

Dessa forma, tratando aqui apenas do aspecto formal legal, pois esse ágio não será aceito em sua integralidade para fins fiscais, caso a dedutibilidade fosse possível, nos termos do art. 386, III do RIR/99, isso seria cabível apenas para a parcela de amortização incidente sobre o valor de R\$ 77.958.808,71, reconhecido como expectativa de rentabilidade futura por ocasião da aquisição da participação.

A unificação das parcelas de Imobilizado Fair Value e Intangível ao Ágio de rentabilidade futura, aumentando esse valor em mais de 31 milhões de reais, não encontra guarida nas Normas Contábeis ou na Lei Fiscal. Portanto, nem sob o aspecto formal legal aqui revisto isso seria permitido.

Continuando, a Autoridade Fiscal tratou dos laudos elaborados pela Ernst & Young.

O Laudo de Expectativa de Rentabilidade Futura foi entregue em resposta ao Termo de Início de Fiscalização, com a alegação de que seria o único documento suporte para os lançamentos contábeis. Depois, ao ser questionada, a Harman veio afirmando que: “Com efeito, não foi o Laudo que foi contabilizado”. Na sequência, em manifestação a nova intimação (TIF nº 5), o Contribuinte contradiz-se novamente alegando que este foi o documento suporte para o lançamento da parcela de ágio com fundamento em expectativa de rentabilidade futura.

Informações extraídas do Laudo:

- a) Empresa Avaliadora: Ernst & Young Assessoria Empresarial Ltda.
- b) Destinatário: Harman International Industries, Inc.
- c) Data de emissão: 24/06/2010.
- d) Data-base de avaliação: 30/04/2010.

e) No campo de assinatura dos sócios/gerentes da E&Y consta a expressão “Rascunho para Discussão”. Ao ser questionada sobre isso, a Harman informou que apesar da observação, essa é a última versão do documento (TIF nº 4, item 2).

f) Na parte introdutória do laudo, os peritos fazem uma ressalva no sentido de esclarecer que o documento não deveria ser usado para qualquer outro fim diferente do atendimento à legislação fiscal.

g) A avaliação teve por objetivo avaliar a rentabilidade futura do Grupo Selenium com o uso da metodologia do Fluxo de Caixa Descontado (FCD).

h) O valor estimado, baseado nas informações recebidas e no trabalho realizado, ficou em aproximadamente 155 milhões de reais.

i) O contrato de prestação de serviços para realizar a avaliação econômico-financeira foi firmado entre Ernst & Young e Harman International (fls.1177/1185 – 1211/1217). A data do documento é de 19/05/2010, após a formalização da Harman Intermediária (11/05), a formal adquirente.

j) O faturamento dos serviços foi feito por Invoice contra a Harman International (fls. 1186/1189).

k) Nas mais de noventa páginas do laudo, o nome da Harman Intermediária (Harman do Brasil) não aparece uma única vez. Já a Harman International e seus diretores são citados em dezenas de oportunidades.

l) Ao fazer referência às pessoas com quem se reuniu durante os trabalhos a E&Y menciona os Diretores da Harman International. Os srs. Rodrigo Rihl Kniest e Fábio Floriani são vistos como Diretor Presidente (CEO) e Diretor Financeiro (CFO), respectivamente, do Grupo Selenium apenas. Cabe lembrar que ambos foram nomeados Diretores da Harman Intermediária desde sua constituição em 11/05/2010.

Dos dados acima elencados, conclui-se que foi elaborada uma avaliação econômico-financeira, emitida pela Consultoria Ernst & Young, em período posterior à constituição formal da Harman Intermediária, sem que essa tenha sido citada uma única vez, embora tenha constado do contrato de compra e venda das ações como se fosse a real adquirente.

O laudo foi contratado pela Harman International e apenas esta é mencionada no documento. As pessoas consultadas na avaliação aqui no Brasil teriam sido apenas os representantes do Grupo Selenium. Ou seja, a adquirente, sob aspecto formal, de uma participação societária de mais de 130 milhões de reais, em nenhum momento constou como interessada da avaliação.

Quanto ao segundo laudo, Laudo Imobilizado e Intangível, a Autoridade Fiscal relembra que a Harman foi intimada a apresentar o laudo que teria embasado os lançamentos de ágio na Harman Intermediária, mas esta deixou de apresentar essa segunda avaliação. Numa segunda intimação (TIF nº 4) também optou pela

não apresentação do documento e, somente na terceira vez em que foi intimada especificamente sobre o assunto (TIF nº 5), trouxe o laudo.

Principais informações extraídas do Laudo:

a) Empresa Avaliadora: Ernst & Young Assessoria Empresarial Ltda.

b) Destinatário: Harman International Industries, Inc.

c) Documento original em língua inglesa (tradução apenas para atender à Fiscalização).

d) Data de emissão: 02/07/2010

e) Data-base de avaliação: 30/04/2010

f) Na parte introdutória do laudo, a E&Y esclarece que está emitindo o laudo a pedido da Harman International Inc., e, no decorrer do documento esta será tratada apenas como “Harman”. Nesse sentido, cabe destaque a observação da E&Y na seção inicial (Valuation results / Resultados da Avaliação), onde afirma que entende que o Grupo Selenium foi adquirido em 01/06/2010 pela Harman, referindo-se a Harman International.

g) A avaliação teve por objetivo apuração a valor justo dos ativos tangíveis e intangíveis adquiridos.

h) Os totais obtidos na avaliação foram de 16.363 mil para o Imobilizado e 26.502 mil para os Ativos Intangíveis, o que, descontados os custos contábeis reconhecidas na investida, resultou nas somas de Imobilizado Fair Value e Intangível lançadas na Harman Intermediária. Na resposta ao item 2.2 do TIF nº 6, a Harman esclareceu que o balanço de referência na Selenium foi o de 31/05/2010, mas com valores consolidados de todas empresas do Grupo.

i) O contrato de prestação de serviços para realizar a avaliação econômico-financeira foi firmado entre Ernst & Young e Harman International. A data do documento é de 19/05/2010, momento em que já havia ocorrido a formalização da Harman Intermediária (11/05), a formal adquirente. O contrato é o mesmo para elaboração dos dois laudos.

j) Da mesma forma, o faturamento dos serviços foi feito por Invoice contra a Harman International.

k) Nas 112 páginas do laudo, o nome da Harman Intermediária (Harman do Brasil) não aparece uma única vez. Já Harman International e seus diretores são citados em dezenas de oportunidades.

l) Quando cita as fontes de informações que basearam sua análise, a E&Y cita um certo Estudo da Empresa Selenium elaborado pela Consultoria Koliver & Co.

Apreciada as impugnações, o lançamento foi mantido integralmente, pois após minuciosa análise documental, verificou-se a pendência da necessária documentação que comprovasse tanto o valor total pago quanto o montante do ágio lançado, quanto demonstração de ser o ágio proveniente da expectativa de

rentabilidade futura da adquirida, não sendo possível aceitar como válida a parcela da mais valia deduzida no lucro real. Portanto, foi mantida glosa das amortizações de ágio contabilizados, mantida a multa qualificada pela existência de simulação, multa isolada e responsabilidade dos diretores com base no artigo 135, III, do CTN.

Inconformada, interpôs Recurso Voluntário, no qual no mérito reproduz os argumentos levantados na impugnação, embora de forma mais aprimorada.

No recurso voluntário, a recorrente reproduziu os argumentos levantados na impugnação, quais sejam, em síntese,

- (a) Os efeitos tributários das operações societárias fiscalizadas estão previstas na legislação vigente à época dos fatos, sendo legal a formação do ágio e a sua amortização para fins tributários empreendidas pela Recorrente;
- (b) A reorganização societária realizada e a aquisição de empresa por subsidiária localizada no Brasil não conformam o conceito de simulação;
- (c) O montante de ágio amortizado pela Impugnante está amparado em demonstração (Laudo de Avaliação da E&Y - Expectativa de Rentabilidade Futura) que confere absoluta sustentação às amortizações realizadas;
- (d) No caso em que subsistentes, total ou parcialmente, os Autos de Infração, a multa de ofício deve ser readequada para o percentual de 75%;
- (e) Deve ser afastada dos Autos a multa isolada pelo não recolhimento adequado das estimativas mensais, já que essa não pode ser cumulada com a multa de ofício.

O acórdão recorrido, na parte que interessa ao presente julgamento, manteve a glosa de amortização do ágio, reduzindo a multa de ofício aplicada ao percentual de 75%, e cancelando a exigência de multa isolada sobre as estimativas.

RECURSO ESPECIAL DA FAZENDA NACIONAL

Cientificada, a PGFN apresentou Recurso Especial (fls. 3010-3040) em que suscita divergência entre o acórdão recorrido e decisões de outra Turma em relação às matérias **"qualificação da multa de ofício"** e **"cumulação da multa isolada com a multa de ofício"**.

Com relação à qualificação da multa de ofício, foram apresentados como paradigmas os acórdãos nº 9101-002.802 e nº 1101-000.899, e, para a cumulação da multa isolada com a multa de ofício, os acórdãos

O Despacho de Admissibilidade de fls. 3043-3053 assim resumiu as razões da Fazenda Nacional:

Para a admissibilidade do recurso, foram apresentados os seguintes argumentos:

DA DIVERGÊNCIA QUANTO À QUALIFICAÇÃO DA MULTA DE OFÍCIO.

[...]

- de acordo com o Termo e Verificação Fiscal, a empresa fora autuada por ter amortizado fiscalmente um ágio que não cumpre as condições legais para tanto, tendo sido apurado o evidente intuito de fraude por meio da prática de operações simuladas. O fiscal autuante qualificou a multa, aplicando-a no percentual de 150%, em razão da ação intencional do contribuinte para evadir-se do pagamento dos tributos. A ilicitude da amortização do ágio decorreu da intercalação da sociedade-veículo, a qual teve o propósito exclusivo de possibilitar a amortização do ágio na aquisição do investimento;

- na linha da autuação, nos paradigmas também foi entendido que a engenharia societária utilizada para a transferência do ágio caracteriza simulação, uma vez que se presta, apenas, a construir um cenário semelhante à hipótese legal que autoriza a amortização do ágio pago na aquisição de investimentos, devendo, portanto, a multa ser qualificada;

- entretanto, entendeu a Turma pela manutenção da desqualificação da multa de ofício, ao argumento de que não restou comprovada a fraude ou a simulação. Confira-se trecho do voto condutor do acórdão recorrido: [...];

- contudo, analisando hipóteses fáticas bem similares, em que restou caracterizada a utilização de empresa veículo para a transferência de capital em incorporação reversa, já se manifestaram pela manutenção da multa qualificada a 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais e a 1ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento do CARF, no âmbito do Acórdão nº 9101-002.802 e nº 1101-000.899, paradigmas ora suscitados para demonstrar a divergência de interpretação dada à lei tributária;

[...]

Acórdão 9101-002.802

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano calendário: 2006, 2007, 2008, 2009, 2010

INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADE. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. TRANSFERÊNCIA DE ÁGIO. PLANEJAMENTO FISCAL.

Para dedução fiscal da amortização de ágio é necessário que a incorporação se verifique entre a investida e a pessoa jurídica que adquiriu a participação societária com ágio. Não é possível a amortização do ágio quando a incorporadora não pagou pela aquisição do investimento.

ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Ano calendário: 2006, 2007, 2008, 2009, 2010

MULTA DE OFÍCIO. QUALIFICAÇÃO.

Quando o planejamento tributário evidencia uma intenção dolosa de alterar as características do fato gerador, com intuito de fazer parecer que

se tratava de uma outra operação com repercussões tributárias diversas, tem-se a figura da fraude a ensejar a multa qualificada.

[...]

Acórdão nº 1101-000.899

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2004, 2005, 2006, 2007, 2008

TRANSFERÊNCIA DE CAPITAL PARA AQUISIÇÃO DE INVESTIMENTO POR EMPRESA VEÍCULO, SEGUIDA DE SUA INCORPORAÇÃO PELA INVESTIDA. SUBSISTÊNCIA DO INVESTIMENTO NO PATRIMÔNIO DA INVESTIDORA ORIGINAL.

Para dedução fiscal da amortização de ágio fundamentado em rentabilidade futura é necessário que a incorporação se verifique entre a investida e a pessoa jurídica que adquiriu a participação societária com ágio. Não é possível a amortização se o investimento subsiste no patrimônio da investidora original.

MULTA QUALIFICADA.

Sujeita-se à multa qualificada a exigência tributária decorrente da prática de negócio jurídico fictício, que se presta, apenas, a construir um cenário semelhante à hipótese legal que autoriza a amortização do ágio pago na aquisição de investimentos.

[...]

- os acórdãos paradigmas acima evidenciados foram dados, em casos análogos ao presente, em manter a multa de 150%, por aplicação do art. 44, §1º, I, da Lei n.º 9.430/96, uma vez constatado o evidente intuito de fraude, em hipótese, igualmente, de artificialidade da operação mediante a utilização de empresa veículo com nítido caráter de antecipar os efeitos fiscais do ágio para reduzir o ônus tributário;

[...]

CUMULAÇÃO DA MULTA ISOLADA POR FALTA DE RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVA COM A MULTA DE OFÍCIO PROPORCIONAL PARA FATOS GERADORES OCORRIDOS APÓS 2007 – ART. 44 DA LEI 9.430/96.

- a e. Turma a quo julgou incabível a aplicação simultânea da multa isolada pelo não pagamento de estimativas apuradas no curso do ano-calendário e da multa proporcional concernente à falta de pagamento do tributo devido apurado no balanço final do mesmo ano-calendário. Isso porque, segundo a e. Turma, não existe a possibilidade de se aplicar, cumulativamente, a multa de ofício pelo não recolhimento do imposto de renda apurado com o ajuste anual, e a multa isolada pelo descumprimento de obrigação acessória. Transcreve-se os fundamentos adotados pelo voto condutor, para exonerar a multa isolada: [...];

- ocorre que a 1ª Turma da CSRF do CARF, nos acórdãos nº 9101-003.002 e 9101-002.745, ao analisar caso similar, interpretaram o art. 44 da Lei 9.430/96, de modo diverso ao esposado pela e. Câmara *a quo*;

Acórdão nº 9101-003.002, de 08/08/2017.

[...]

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL

Ano-calendário: 2010, 2011

[...]

MULTA ISOLADA POR FALTA DE RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVAS MENSAS. CONCOMITÂNCIA COMA MULTA DE OFÍCIO. LEGALIDADE.

A alteração legislativa promovida pela Medida Provisória nº 351, de 2007, no art. 44, da Lei nº 9.430, de 1996, deixa clara a possibilidade de aplicação de duas penalidades em caso de lançamento de ofício frente a sujeito passivo optante pela apuração anual do lucro tributável. A redação alterada é direta e impositiva ao firmar que "serão aplicadas as seguintes multas". A lei ainda estabelece a exigência isolada da multa sobre o valor do pagamento mensal ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base negativa no ano-calendário correspondente.

No caso em apreço, não tem aplicação a Súmula CARF nº 105, eis que a penalidade isolada foi exigida após alterações promovidas pela Medida Provisória nº 351, de 2007, no art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996.

Acórdão nº 9101-002.745, de 04/04/2017.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2008

MULTA ISOLADA. MULTA DE OFÍCIO. LEI. NOVA REDAÇÃO. FATOS GERADORES A PARTIR DE 2007.

Tratam os incisos I e II do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996 de suportes fáticos distintos e autônomos com diferenças claras na temporalidade da apuração, que tem por consequência a aplicação das penalidades sobre bases de cálculo diferentes. A multa de ofício aplica-se sobre o resultado apurado anualmente, cujo fato gerador aperfeiçoa-se ao final do ano calendário, e a multa isolada sobre insuficiência de recolhimento de estimativa apurada conforme balancetes elaborados mês a mês ou ainda sobre base presumida de receita bruta mensal. O disposto na Súmula nº 105 do CARF aplica-se aos fatos geradores pretéritos ao ano de 2007, vez que sedimentada com precedentes da antiga redação do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, que foi alterada pela MP nº 351, de 22/01/2007, convertida na Lei nº 11.489, de 15/07/2007.

O Despacho de Admissibilidade deu seguimento ao Apelo da Fazenda Nacional, nos seguintes termos:

Em relação à primeira divergência, realmente, enquanto o acórdão recorrido entendeu pela desqualificação da multa de ofício, os acórdãos paradigmas entenderam pela manutenção da multa qualificada, em casos como o dos presentes autos, em que há transferência de capital para aquisição de investimento por empresa veículo, seguida de sua incorporação pela investida.

E quanto à segunda divergência, diferentemente do acórdão recorrido, e também examinando fatos ocorridos após 2007, os paradigmas admitiram a aplicação simultânea da multa isolada pelo não pagamento de estimativas apuradas no curso do ano-calendário e da multa proporcional concenente à falta de pagamento do tributo devido apurado no balanço final do mesmo ano-calendário.

Cientificado do teor do acórdão recorrido e do despacho de admissibilidade, o contribuinte apresentou tempestivas Contrarrazões ao recurso fazendário, nas quais se opõe ao conhecimento do recurso, alegando, com relação à multa qualificada, que: **(i)** o acórdão recorrido aplicou expressamente o entendimento firmado nas Súmulas CARF nº 14 e nº 25, o que não é questionado pelos paradigmas, **(ii)** não foi apontado, de forma objetiva, a legislação que está sendo interpretada de forma divergente, e **(iii)** não há similitude fática entre o recorrido e os paradigmas.

A ausência de similitude estaria caracterizada, em síntese, porque, enquanto nos paradigmas restou comprovada a efetiva ocorrência de fraude e intenção dolosa de alterar as características do fato gerador, no caso recorrido a operação foi considerada lícita em todas as suas fases, tendo sido expressamente afastada a ocorrência de fraude, sonegação, ou conluio.

Com relação à multa isolada, sustenta a ausência de similitude fática entre o recorrido e os paradigmas, e também a inépcia do recurso, por haver no acórdão recorrido fundamento suficiente e não atacado pelos paradigmas abordados, qual seja, o de que o não recolhimento da estimativa mensal caracteriza etapa prévia do ato de reduzir o imposto no final do ano e que, deste modo, a primeira conduta é meio de execução da segunda, pelo que esta resta absorvida por aquela.

A ausência de similitude, por sua vez, estaria caracterizada em razão da natureza das infrações em discussão em cada um dos casos: no acórdão paradigma nº 9101-002.745, a *omissão de receitas pela não comprovação da origem de depósitos bancários ou sua não contabilização e oferecimento à tributação*, e, no acórdão paradigma nº 9101-003.002, as seguintes matérias: *“(1) dedutibilidade dos valores relativos a multas por infrações fiscais; (2) obrigatoriedade da adição de despesas com amortização de ágio na base de cálculo da CSLL; (3) obrigatoriedade de adição, na apuração da base de cálculo da CSLL, de tributos com exigibilidade suspensa; (4) obrigatoriedade de adição, na apuração da CSLL, de valores referentes aos patrocínios e projetos culturais e artísticos definidos na Lei Rouanet; (5) cobrança de multa isolada*

pela não apuração de estimativas mensais de CSLL, cumulada com a multa de ofício, nos períodos de 2010 e 2011”.

RECURSO ESPECIAL DO CONTRIBUINTE

Cientificado do teor do acórdão recorrido, o contribuinte apresentou também o seu Recurso Especial (fls. 3063-3092) em que suscita divergência entre o acórdão recorrido e decisões de outra Turma com relação à matéria **“regularidade da dedução das despesas de amortização de ágio”**, apresentando como paradigmas os acórdãos nº 1302-003.434 e nº 1201-001.507, os quais, alega, *“sufragam o entendimento de que a utilização de empresa veículo em aquisição de participação societária com ágio e posterior incorporação desta não é causa suficiente para a glosa da dedutibilidade das despesas de amortização de ágio fundado em rentabilidade futura”*.

O Despacho de Admissibilidade de fls. 3234-3236 deu seguimento ao Apelo do Contribuinte, nos seguintes termos:

6. Com relação a essa matéria, **ocorre o alegado dissenso jurisprudencial**, pois, em situações fáticas semelhantes, sob a mesma incidência tributária e à luz das mesmas normas jurídicas, chegou-se a conclusões distintas.

7. Enquanto a **decisão recorrida** entendeu que *a possibilidade de deduzi-la [a amortização do ágio], prevista no art. 386, III, do RIR/99 - art. 7º, III, da Lei 9.532/97 e art. 10 da Lei 9.718/98, não pode prevalecer quando, para sua configuração, é utilizada uma empresa **veículo** (incorporada em curto espaço de tempo), para, em nome dela, serem adquiridas ações com ágio, pago com recursos obtidos em função do patrimônio da própria incorporadora, os **acórdãos paradigmas apontados** (Acórdãos nºs 1302-003.434, de 2019, e 1201-001.507, de 2016) decidiram, **de modo diametralmente oposto**, que *a utilização de empresa veículo que viabilize o aproveitamento do ágio, por si só, não desfigura a operação e invalida a dedução do ágio, se ausentes a simulação, dolo ou fraude*.*

8. Por tais razões, neste juízo de cognição sumária, conclui-se pela **caracterização da divergência de interpretação suscitada**.

Os autos foram encaminhados à PGFN em 03/03/2020 (fl. 3237) e a Fazenda Nacional apresentou tempestivas Contrarrazões (fl. 3248), nas quais, em uma linha, requer que os fundamentos do voto vencedor do acórdão recorrido sejam utilizados como contrarrazões, *“como se aqui estivessem transcritos, com o conseqüente desprovemento do apelo”*,

Em seguida, os autos foram submetidos a sorteio, cabendo-me o seu relato.

É o relatório.

1 CONHECIMENTO

Os recursos da Fazenda e da Contribuinte são tempestivos.

1.1 RECURSO ESPECIAL DA FAZENDA NACIONAL

O Recurso Especial da PGFN aponta divergência sobre a qualificação da multa de ofício e a multa isolada por falta de recolhimento de estimativas cumulada com a multa de ofício.

O contribuinte opôs-se fortemente ao conhecimento, conforme os argumentos já ao norte sintetizados.

Passo a analisá-los.

1.1.1 QUANTO À QUALIFICAÇÃO DA MULTA DE OFÍCIO

O contribuinte alega que o acórdão recorrido aplicou expressamente o entendimento firmado nas Súmulas CARF nº 14 e nº 25, e que isto não é questionado pelos paradigmas.

Eis o teor das referidas súmulas:

Súmula CARF nº 14: A simples apuração de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação do evidente intuito de fraude do sujeito passivo.

Súmula CARF nº 25: A presunção legal de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação de uma das hipóteses dos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64. (Vinculante, conforme Portaria MF nº 383, de 12/07/2010, DOU de 14/07/2010).

As súmulas, conforme visto, tratam de *omissão de receita ou de rendimentos* e de *presunção legal de omissão de receita ou de rendimentos*, respectivamente, ao passo que no caso dos autos a controvérsia diz respeito à glosa de despesas com amortização de ágio.

Neste sentido, não se faz minimamente razoável supor que o acórdão recorrido possa ter efetivamente *aplicado o entendimento contido nas referidas súmulas*, de tal modo que o recurso especial não pudesse ser conhecido por não ter expressamente defendido a não aplicação das referidas súmulas ao caso concreto dos autos.

O que a relatora do acórdão faz, no voto vencido do acórdão recorrido, é buscar extrair, do teor das súmulas em questão, que são voltadas a situações fáticas diversas, um “sentido” geral e comum que suporte o seu entendimento de que, em qualquer situação, para que se possa qualificar a multa, se faz necessário *comprovar o dolo e identificar uma das ações ou omissões dolosas previstas nos artigos 71 a 73 da Lei 4.502/64*.

É o que se extrai dos seguintes excertos daquele voto:

Por sua vez, para que se possa cogitar a qualificação da multa, é necessário identificar qual das ações ou omissões dolosas previstas nos artigos 71 a 73 da Lei 4.502/64 foram praticadas, sendo assim indispensável, ainda, a comprovação do dolo.

Esse, inclusive, é o sentido que se extrai do teor da Súmula CARF nº 14: "A simples apuração de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação do evidente intuito de fraude do sujeito passivo", assim como da Súmula Vinculante CARF nº 25: "A presunção legal de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação de uma das hipóteses dos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64".

Assim, para que se possa falar em dolo, para além da intenção (elemento subjetivo), é necessário que o que se pretende seja ilícito (elemento objetivo), ou seja, é preciso que tal intenção seja direcionada à prática de ato ou omissão contrários ao direito (dolo normativo).

Nesse passo, não basta a intenção de reduzir a tributação. É necessário, sim, que o contribuinte, ao buscar tal resultado, adote conduta que afronte norma que proíba ou obrigue, ou seja, que contrarie uma norma imperativa, praticando assim um ato típico.

Afasto, portanto, o argumento.

O contribuinte alega que não teria sido apontado, de forma objetiva, a legislação que está sendo interpretada de forma divergente.

Entendo que tampouco proceda o argumento. No recurso especial foram apresentados paradigmas os quais, de acordo com a recorrente, analisando casos análogos, em que a controvérsia também se estabelece em torno da glosa das despesas com amortização de ágio, ao amparo do art. 7º da Lei nº 9.532/97, com uso de empresa veículo, e em que, ao contrário do que se decidiu no recorrido, no sentido de que "um processo de reorganização societária com 'etapas artificiais, apesar de formalmente legais' não se qualifica como fraude, mas simulação, não se sujeitando, portanto, à multa qualificada prevista no art. 44, §1º, da Lei n.º 9.430/96.

O fato de a recorrente haver indicado equivocadamente o "inciso I", já revogado à época dos fatos, tendo feito referência no recurso, portanto, ao "art. 44, §1º, I, da Lei n.º 9.430/96", conforme trecho que se reproduz a seguir, não pode ser tomado, com todas as vênias, como elemento que "prejudica sobremaneira o contraditório e a ampla defesa da parte Recorrida", conforme alegado pelo contribuinte:

Os acórdãos paradigmas acima evidenciados foram claros, em casos análogos ao presente, em manter a multa de 150%, por aplicação do art. 44, §1º, I, da Lei n.º 9.430/96, uma vez constatado o evidente intuito de fraude, em hipótese, igualmente, de artificialidade da operação mediante a utilização de empresa veículo com nítido caráter de antecipar os efeitos fiscais do ágio para reduzir o ônus tributário.

A simples menção a um inciso de parágrafo revogado, quando o correto seria a menção apenas ao próprio e mesmo parágrafo, constitui mero erro material, quando se verifica

que a exposição e fundamentação feita no recurso se mostra suficientemente clara, e que tal equívoco não interfere em absolutamente nada na compreensão das razões de recurso.

Não se verifica, portanto, nem prejuízo à parte adversa, e nem tampouco a inépcia do recurso, sob esta ótica argumentativa, restando devidamente evidenciada na peça recursal qual a legislação que estaria sendo interpretada de forma divergente.

Resta analisar a questão da similitude fática.

Os acórdãos nº 9101-002.802 e nº 1101-000.899 são utilizados, de forma recorrente, como paradigmas de divergência com relação à aplicação da multa qualificada quando se trata de amortização de ágio mediante o uso de “empresa-veículo”, sendo em alguns casos aceitos, em outros não, a depender exatamente da configuração (ou não) da similitude fática entre os casos lá analisados e o de cada caso concreto¹.

Pois bem. Vejamos inicialmente o caso dos presentes autos.

Em apertada síntese, e conforme já referido no relatório ao norte, em um curto espaço de tempo², houve a aquisição, pelas Holdings Holandesa e Americana do Grupo Harman, de uma sociedade denominada Messina Participações Ltda, com endereço em um escritório de advocacia na cidade do Rio de Janeiro, e sem atividade operacional declarada, por R\$ 500,00, a qual teve a sua razão social alterada para Harman do Brasil Indústria Eletrônica e Participações Ltda, e que vem a ser a empresa veículo “Harman Intermediária”, que recebeu, na sequência, recursos oriundos do exterior, das Holdings Holandesa e Americana, no montante de R\$ 116.056.940,00, com os quais foi feita a aquisição da Eletrônica Selenium, com ágio.

Passo seguinte, houve a incorporação reversa, da controladora “Harman Intermediária” pela controlada Eletrônica Selenium, dando-se início à amortização do ágio.

Passemos, então, aos paradigmas apresentados.

Analisando o inteiro teor do acórdão paradigma nº 9101-002.802, verifica-se que este manteve a qualificação da multa fundado na artificialidade da chamada “*empresa veículo*” em contexto em que esta foi acusada de ter sido interposta para “*carrear um ágio para ser deduzido no Brasil*”, isto é, ali a acusação foi de que o ágio teria sido “*suportado pela empresa estrangeira*”, eis que esta transferiu os recursos para que a “*veículo*” brasileira adquirisse o investimento de terceiros e gerasse o ágio no Brasil. Na acusação fiscal de caracterização de negócio fictício, a dita “*empresa veículo*”, meramente escritural, figurava como se fosse a verdadeira *compradora*.

Neste sentido, os seguintes excertos do voto condutor daquele acórdão:

¹ Neste sentido, a admissibilidade do Acórdão nº 9101-002.802 como paradigma foi analisada pela CSRF nos acórdãos nº 9101-006.251, 9101-006.364, e 9101-006.677, e a admissibilidade do Acórdão nº 1101-000.899 como paradigma foi analisada pela CSRF nos acórdãos nº 9101-004.559, 9101-004.591, 9101-005.791, 9101-005.872, 9101-005.987, 9101-006.163, 9101-006.165, 9101-006.251, 9101-006.284, 9101-006.365, 9101-006.453, e 9101-006.677.

² Cerca de 20 dias. A aquisição de Messina Participações Ltda por R\$ 500,00, e alteração de sua razão social, foi no dia 11/05/2010, o aporte de capital de R\$ 116 milhões foi no dia 27/05/2010, e a compra da Eletrônica Selenium foi formalizada no dia 01/06/2010.

Pois bem, entendo que a qualificação da multa de ofício é devida no presente processo pois, em que pesem todos os fatos terem sido registrados e contabilizados, sob o aspecto tributário, não se tem dúvida de que todo o planejamento visou alterar as características do fato gerador da obrigação tributária, de modo a reduzir o montante do imposto devido, nos termos do art. 72 da Lei nº 4.502, de 1964. Para tanto, conforme demonstrado nos autos, a **aquisição da PRODESMAQ S/A pela CCL INC (negócio real) foi dissimulada pela interposição de uma empresa meramente escritural, como se fosse a verdadeira compradora (negócio fictício), a qual somente serviu para viabilizar o mecanismo de transferência do ágio para a PRODESMAQ S/A, tanto que desapareceu em poucos dias.**

A artificialidade desse mecanismo é evidência suficiente, no meu entender, de uma simulação, conforme apontado pela fiscalização, pois **qual a razão de ser de uma empresa como a CCL PAR, sem qualquer atividade econômica, sem qualquer custo, sem qualquer dispêndio, a não ser carrear um ágio para ser deduzido no Brasil?**

Entendo que o argumento de que a CCL PAR não pode ser considerada como empresa veículo, porque possuía um propósito negocial, que era a introdução da CCL INC no mercado nacional, viabilizando a aquisição da PRODESMAQ S/A, não justifica o planejamento adotado porque o investimento dessa empresa estrangeira, no Brasil, poderia ter sido feito de forma direta, ou seja, pela aquisição direta da PRODESMAQ S/A, assim como ocorreu com a aquisição da CCL PAR. Ou seja, a PRODESMAQ S/A poderia, sim, ser essa centralizadora das atividades no Brasil.

Assim, o único propósito da interposição da CCL PAR na aquisição da PRODESMAQ INC foi possibilitar que o ágio, o qual foi suportado pela empresa estrangeira, fosse transferido para a empresa adquirida.

Como evidenciado expressamente pela Fiscalização (item 182 do TVF), corrobora o intuito doloso do contribuinte o fato do ágio ter sido fundamentado tão somente na expectativa de rentabilidade futura, desprezando-se por completo a parcela derivada do fundo de comércio da empresa e da avaliação do seu ativo a valor de mercado, vez que esta não gera amortizações dedutíveis do IRPJ e da CSLL.

[...]

Em face ao exposto, entendo que a decisão recorrida deve ser reformada para que seja restabelecida a qualificação da multa de ofício originalmente exigida. Portanto, dou provimento ao Recurso Especial da Fazenda Nacional.

No Acórdão nº 9101-006.364, houve grande controvérsia na CSRF quanto à aceitação (ou não) do acórdão nº 9101-002.802 como paradigma. Contudo, a leitura do inteiro teor daquela decisão evidencia que a controvérsia se estabeleceu precisamente em razão das características do acórdão lá recorrido, mas *não acerca do paradigma em si*. Neste sentido, o voto

vencido acolhia o acórdão nº 9101-002.802 como paradigma válido, mas o voto vencedor o rejeitou.

Entendo relevante apenas destacar o quanto contido nos votos vencido e vencedor do referido Acórdão nº 9101-006.364 acerca do acórdão paradigma nº 9101-002.802, para demonstrar que os fatos em debate no paradigma são precisamente aqueles que busquei sintetizar poucas linhas acima:

Voto vencido (conselheira Edeli Pereira Bessa):

De outro lado, o paradigma nº 9101-002.802 tratou, apenas, de operação com a interposição de empresa veículo cujo capital é aumentado para aquisição e posterior extinção por incorporação pela adquirida. Esclareça-se que a operação lá descrita contempla, ainda, alterações específicas na estrutura de capital da adquirida, mas destinadas ao pagamento feito aos antigos sócios pela aquisição, e estas circunstâncias – embora também presentes no presente caso - não são referidas no voto condutor do paradigma – nem do recorrido - quanto à determinação da penalidade aplicável, expresso nos seguintes termos: [...]

Voto vencedor (conselheira Livia De Carli Germano):

Analisando o inteiro teor do acórdão 9101-002.802, verifica-se que este manteve a qualificação da multa fundado na artificialidade da chamada “empresa veículo” em contexto em que esta foi acusada de ter sido interposta para “carrear um ágio para ser deduzido no Brasil”, isto é, ali a acusação foi de que o ágio teria sido “suportado pela empresa estrangeira”, eis que esta transferiu os recursos para que a “veículo” brasileira adquirisse o investimento de terceiros e gerasse o ágio no Brasil.

O caso dos autos, por outro lado, não trata de acusação de ágio originalmente gerado no exterior que vem a ser trazido para Brasil por meio de “empresa veículo”. [...]

Entendo haver suficiente similitude entre as operações ocorridas em cada caso, não se justificando o óbice oposto pelo contribuinte em contrarrazões.

Com relação ao acórdão paradigma nº 1101-000.899, peço vênica para transcrever excertos da análise que fiz deste paradigma no Acórdão nº 9101-006.284³ (13/09/2022), do qual fui relator, tendo sido, na época, acompanhado por unanimidade de votos:

Do segundo acórdão paradigma (nº 1101-000.899), para fins de conhecimento do Recurso Especial, ressalta conhecer os seguintes fatos e fundamentos:

MULTA QUALIFICADA. Sujeita-se a multa qualificada a exigência tributária decorrente da prática de negócio jurídico fictício, que se presta, apenas, a

³ Participaram do julgamento os conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia De Carli Germano, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Luis Henrique Marotti Toselli, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Alexandre Evaristo Pinto, Gustavo Guimarães da Fonseca e Carlos Henrique de Oliveira (Presidente). Ausente o conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado.

construir um cenário semelhante à hipótese legal que autoriza a amortização do ágio pago na aquisição de investimentos.

[...]

Voto vencedor

[...]

E, ao longo de todo seu arrazoado, a autoridade lançadora destacou que a AVERDIN criou nas empresas veículo APENINA e MKV o patrimônio necessário para que estas adquirissem a LISTEL e nelas restasse registrado o ágio pago nesta operação. Nas palavras da Fiscalização, *em 01/06/1999 a AVERDIN detinha, direta ou indiretamente, controle de 100% do capital da LISTEL.*

Assim, com os recursos aportados por AVERDIN, as empresas veículo APENINA e MKV realizam a operação que gera o ágio aqui amortizado, após a extinção, apenas, de APENINA e MKV, incorporadas pela autuada. A investidora original, AVERDIN, que efetivamente adquiriu a LISTEL, subsistiu ativa e, inclusive, mantendo em seu patrimônio o investimento feito na LISTEL, por seu valor majorado pelo ágio pago.

Esta a razão, portanto, para a Fiscalização concluir que a operação entre LISTEL, APENINA e MKV *ocorreu em circuito fechado*. O adquirente, terceiro estranho à investida, nesta operação, é a AVERDIN, representante no Brasil do Grupo BellSouth, como demonstrado no organograma societário de fl. 1256, citado pelo I. Relator.

[...]

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

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

[...]

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

contábil do ágio transferido para o patrimônio da LISTEL deve ser adicionada ao lucro real, e seu reflexo no patrimônio da investidora AVERDIN, mediante equivalência patrimonial, deve ser controlado na parte B do LALUR para integrar o valor contábil do investimento na apuração de ganho ou perda de capital em caso de alienação ou liquidação do investimento.

[...]

Observo, ainda, que a autoridade lançadora aplicou multa qualificada, por entender que o negócio jurídico praticado foi fictício, *montado apenas para gerar uma vultosa exclusão do Lucro Real*. E, embora a oposição feita ao laudo não mereça prosperar, os fatos descritos demonstram que a APENINA e a MKV foram criadas apenas para receber em 01/06/99 o capital aplicado na aquisição da LISTEL, a qual migrou do controle indireto exercido pela AVERDIN para o controle direto desta após as incorporações que deram ensejo à amortização do ágio aqui em debate. Nas palavras da Fiscalização, *a incorporação da ALIENA e da APENINA pela LISTEL não alterou a composição do capital social da incorporadora, já que as participações daquelas duas no capital da LISTEL eram seus únicos ativos*.

Conclui-se, daí, que a criação da APENINA e da MKV teve por objetivo, apenas, construir um cenário que se assemelhasse à hipótese legal que autoriza a amortização do ágio pago na aquisição de investimentos, circunstância que, *infringe os incisos II e IV do art. 1º e o inciso I do art. 2º da Lei nº 8.137/90; bem como o art. 72 da Lei nº 4.502/64*. Assim, a multa qualificada deve subsistir.

De acordo com o transcrito, restou decidido pelo Colegiado que a criação das empresas APENINA e MKV teve como objeto único receber o capital utilizado na aquisição da LISTEL, que migrou para o controle direto da AVERDIN após as incorporações daquelas duas primeiras citadas que deram ensejo ao ágio cuja amortização foi objeto do julgamento. Conduziu o julgado que se o investimento não foi extinto, inadmissível a amortização do ágio. Concluiu ainda que a criação da APENINA e da MKV teve por objetivo constituir cenário que se assemelhasse à hipótese legal que autoriza a amortização do ágio pago na aquisição de investimentos, fato que infringe dispositivos das Leis nº 8.137/1990 e nº 4.502/1964.

Penso que também não há similitude entre os julgados cotejados. **No paradigma, restou comprovado que a investidora (Averdin), por meio de empresas veículo, adquiriu controle da Listel, que por sua vez incorporou as empresas veículos a passou a deduzir o ágio decorrente da sua aquisição por estas. O investimento da Averdin restou incólume, inclusive com o ágio também contabilizado. Não consta dos autos qualquer atividade empresarial praticada pelas empresas veículos, ao passo que restou demonstrado que houve aplicação de capital da Averdin na Listel, via Apenina e MKV (veículos). Ao fim, considerou o Colegiado**

que os atos praticados foram simulados, infringindo o disposto no art. 72 da Lei nº 4.502/1964. (destaques ora acrescentados)

Já no recorrido, conforme assentado na análise do primeiro paradigma, restou devidamente comprovado que a empresa JJ Administração, criada no âmbito da reorganização societária, praticou atos típicos de empresa holding. Ademais, considerou o Colegiado que os atos praticados não infringem o previsto nos arts. 71 a 73 da Lei nº 4.502/1964. Registre-se que a dedução do ágio não foi admitida pelo Colegiado porque, mesmo que acolhida a existência de um real investidor, não teria sido esse quem gerou o ágio que compôs o acervo vertido na operação subsequente que fundamentou a impugnada amortização. Também não teria havido aporte de recursos a fim de propiciar posterior aquisição de participações societárias. Segundo o acórdão “**...O ágio gerado no País foi resultado de uma integralização das participações societárias já detidas pelo real investidor no exterior. Houve uma mera troca das suas participações (a das sociedades operacionais pela da JJ Administração)**”. (destaques do original)

Assim, muito embora, naquele caso, a conclusão tenha sido pela não aceitação do acórdão nº 1101-000.899 como paradigma, tal conclusão decorre exatamente das circunstâncias do acórdão lá recorrido, em que, conforme visto, “*não teria havido aporte de recursos a fim de propiciar posterior aquisição de participações societárias*”.

No presente caso recorrido, por sua vez, a situação se me afigura muito semelhante à do acórdão nº 1101-000.899, pois, tanto lá quanto cá houve a montagem de operações em sequência, em curto espaço de tempo, e aporte de recursos das reais investidoras nas empresas veículos, para propiciar a aquisição de participações societárias, não tendo as empresas caracterizadas como veículos desempenhado qualquer atividade efetiva, entre a sua criação/recebimento dos recursos/aquisição da participação societária e posterior incorporação reversa.

Em linha com o quanto aqui exposto, cito ainda o Acórdão nº 9101-006.365⁴, de relatoria da conselheira Livia De Carli Germano, cujo voto pelo conhecimento do recurso especial fazendário em face do acórdão paradigma nº 1101-000.899, naquele caso, foi acompanhado por unanimidade de votos do colegiado:

Em se tratando de qualificação da multa de ofício, porque a questão envolve a análise do *dolo* do sujeito passivo, somente com um **maior grau de semelhança entre os fatos tomados como relevantes por cada uma das turmas julgadoras** é que se pode afirmar, ou não, a existência de uma genuína divergência jurisprudencial, isto é, uma efetiva contraposição entre as teses jurídicas julgadas pelos acórdãos comparados.

⁴ Participaram do julgamento os conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia De Carli Germano, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Alexandre Evaristo Pinto, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Gustavo Guimarães Fonseca, Ana Cecília Lustosa da Cruz e Carlos Henrique de Oliveira (Presidente).

Neste sentido, esdareço que, para mim, não se pode identificar o racional do voto condutor do acórdão 1101-000.899 tão somente com o fato de se ter criado uma estrutura meramente formal para viabilizar a amortização fiscal do ágio, devendo-se considerar, também, a específica estrutura fática ali analisada.

Feita tal ressalva, observo que o paradigma 1101-000.899 tratou de operação que se entendeu ter sido implementada de forma fictícia, em que se pretendeu o registro do ágio pelas chamadas “empresas-veículo” quando estas pretensamente receberam recursos de sua controladora e os utilizaram para adquirir o investimento de terceiros, tendo havido a subsequente incorporação destas, o que permitiu o início da amortização do ágio.

Tais aspectos fáticos **encontram similitude com o caso dos autos**, tendo sido inclusive ressaltadas pelo voto vencido do acórdão recorrido (mas condutor da decisão na parte em que negou a possibilidade de amortização do ágio) quando este conclui, quanto à *operação de aquisição da participação societária pela ABCD 0011*, que *“No caso sob análise tem-se que o real investidor que adquiriu as ações da TERRA não fora a empresa ABCD, mas sim a empresa TIB”*. Como já se observou, foi esse o contexto que o voto vencedor levou em consideração para excluir a qualificação da multa para todo o auto de infração, afastando a alegação de simulação ou fraude em razão da *gama de interpretações divergentes acerca dos limites para a dedução do ágio nas aquisições de investimentos*.

[...]

Assim, sem razão o sujeito passivo quando contesta a admissibilidade do recurso especial da Fazenda Nacional em face do paradigma 1101-000.899. De se observar que, ao contrário do que sustenta o sujeito passivo em suas contrarrazões (quando observa que *“A fiscalização não comprova, nem sequer menciona, a existência de um ato jurídico oculto que corresponderia à real intenção da Recorrida e da ABCD, porque efetivamente não há.”*), no caso dos autos a acusação analisada é especificamente se a multa qualificada deve ser aplicada quando se interpõe, de forma supostamente artificial/fictícia, empresa-veículo na aquisição da investida TERRA, quando a real adquirente, no entender da autoridade atuante, seria a controladora TIB. Contornos fáticos essencialmente semelhantes aos que, analisados pelo acórdão 1101-000.899, ensejaram a manutenção da multa qualificada.

Ante o exposto, compreendo que a aplicação, ao caso dos autos, do racional do acórdão 1101-000.899 seria capaz de levar a uma alteração da condusão a que chegou o acórdão recorrido quanto à qualificação da multa de ofício.

É com base em tais premissas que oriento meu voto para **conhecer do recurso especial a Fazenda Nacional em face do paradigma 1101-000.899**.

Por fim, uma ressalva importante quanto à matéria admitida.

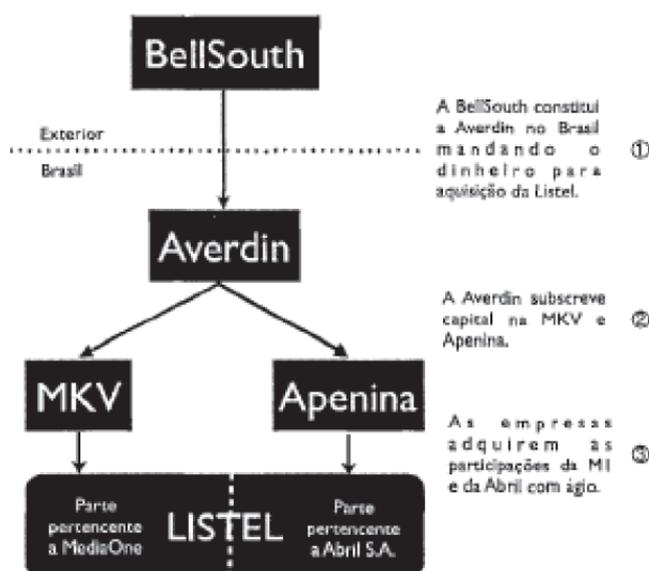
[...]

A questão a ser analisada é, especificamente, aquela para a qual a divergência jurisprudencial foi demonstrada em face do paradigma 1101-000.899, qual seja: se a multa qualificada é aplicável quando mantida a glosa de despesas de amortização de ágio gerado em operação em que se acusa ter havido a interposição artificial de “empresa veículo” na aquisição, de terceiros, de investimento com ágio.

Nesses termos, conheço do recurso especial da Fazenda Nacional, isto é, especificamente quanto à matéria “qualificação da multa de ofício”.

Por fim, registro que o simples fato de, no caso recorrido, os recursos terem sido aportados na empresa veículo (“Harman Intermediária”) por empresas estrangeiras (Holdings Holandesa e Americana do Grupo Harman), ao passo que, no paradigma, os recursos foram aportados nas empresas veículos (Apenina e MKV) por empresa brasileira (Averdin), não constitui, a meu juízo, razão suficiente para concluir pela inexistência de similitude entre os casos.

De todo modo, para perfeito esclarecimento de meus pares, reproduzo a seguir, esquema da estrutura analisada naquele paradigma:



Pelo exposto, encaminho meu voto pelo CONHECIMENTO do Recurso Especial quanto a esta matéria.

1.1.2 QUANTO À MULTA ISOLADA POR FALTA DE RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVAS CUMULADA COM A MULTA DE OFÍCIO

O contribuinte alega que não haveria similitude fática entre o caso recorrido e os casos paradigmáticos, na medida em que, nestes últimos, as matérias em litígio seriam completamente diversas.

Refere que, no acórdão paradigma nº 9101-002.745, a infração principal seria de *omissão de receitas pela não comprovação da origem de depósitos bancários ou sua não*

contabilização e oferecimento à tributação, e, no acórdão paradigma nº 9101-003.002, seriam: “(1) dedutibilidade dos valores relativos a multas por infrações fiscais; (2) obrigatoriedade da adição de despesas com amortização de ágio na base de cálculo da CSLL; (3) obrigatoriedade de adição, na apuração da base de cálculo da CSLL, de tributos com exigibilidade suspensa; (4) obrigatoriedade de adição, na apuração da CSLL, de valores referentes aos patrocínios e projetos culturais e artísticos definidos na Lei Rouanet; (5) cobrança de multa isolada pela não apuração de estimativas mensais de CSLL, cumulada com a multa de ofício, nos períodos de 2010 e 2011”.

Não assiste razão ao contribuinte, em seus argumentos.

A questão controversa em litígio, tanto no caso recorrido quanto nos paradigmas, é a possibilidade (ou não) de cobrança da multa isolada por falta de recolhimento de estimativas cumulada com a multa de ofício lançada sobre o valor do imposto apurado de ofício ao final do respectivo ano-calendário, sobre um *mesmo fato* que caracterize infração à lei tributária, pouco importando *que fato* seja este.

Os específicos fatos em debate se fazem importantes apenas quando a legislação acerca da qual se alega a divergência seja aquela incidente especificamente sobre aqueles fatos.

Contudo, na divergência relativa à multa isolada por falta de recolhimento de estimativas cumulada com a multa de ofício, a legislação acerca da qual se alega a divergência é sempre a mesma, qual seja, o art. 44 da Lei nº 9.430/96, independentemente das infrações que tenham sido objeto de lançamento.

O contribuinte também alega que haveria, no acórdão recorrido, fundamento suficiente e não atacado pelos paradigmas abordados, qual seja, o de que *o não recolhimento da estimativa mensal caracteriza etapa prévia do ato de reduzir o imposto no final do ano e que, deste modo, a primeira conduta é meio de execução da segunda, pelo que esta resta absorvida por aquela.*

Uma vez mais, não assiste razão ao contribuinte, em seu argumento.

Quando o acórdão paradigma nº 9101-003.002 assenta que *“os bens jurídicos tutelados”* por cada penalidade *são distintos*, isto é, que a *“conduta reprimida”*, em cada caso, é *distinta*, ou o acórdão paradigma nº 9101-002.745 assenta que as multas possuem *“suportes fáticos distintos e autônomos, com diferenças claras na temporalidade da apuração, que tem por consequência a aplicação das penalidades sobre bases de cálculo diferentes”*, ou seja, que são *“materialidades independentes”*, eles estão, ao menos implicitamente, refutando diretamente a ideia de que uma conduta possa ser entendida como *“meio de execução”* da outra.

Assim, resta claro que o racional adotado pelos acórdãos paradigmáticos, se aplicado ao caso dos presentes autos, seria capaz de levar à alteração da conclusão a que chegou o acórdão recorrido quanto a este tema.

Pelo exposto, encaminho meu voto pelo CONHECIMENTO do Recurso Especial quanto a esta matéria.

1.2 RECURSO ESPECIAL DO CONTRIBUINTE

O Recurso Especial do Contribuinte foi admitido com relação à matéria **“regularidade da dedução das despesas de amortização de ágio”**, tendo sido apresentados como paradigmas os acórdãos nº 1302-003.434 e nº 1201-001.507.

A Fazenda Nacional, conforme dito, não se opôs ao conhecimento.

Entretanto, reputo que, para bem cumprir o previsto no art. 67 do Anexo II do RICARF, há que se debruçar sobre o tema apresentado e a suposta divergência jurisprudencial que o qualificariam para o conhecimento por este Colegiado.

Uma vez mais, conforme apertada síntese fática aqui feita ao norte, no caso recorrido tem-se que, em um curto espaço de tempo, houve a aquisição, pelas Holdings Holandesa e Americana do Grupo Harman, de uma sociedade denominada Messina Participações Ltda, com endereço em um escritório de advocacia na cidade do Rio de Janeiro, e sem atividade operacional declarada, por R\$ 500,00, a qual teve a sua razão social alterada para Harman do Brasil Indústria Eletrônica e Participações Ltda, e que vem a ser a empresa veículo “Harman Intermediária”, que recebeu, na sequência, recursos oriundos do exterior, das Holdings Holandesa e Americana, no montante de R\$ 116.056.940,00, com os quais foi feita a aquisição da Eletrônica Selenium, com ágio. Passo seguinte, houve a incorporação reversa, da controladora “Harman Intermediária” pela controlada Eletrônica Selenium, dando-se início à amortização do ágio.

Os seguintes excertos do voto vencedor do acórdão recorrido, ademais, assim situam a questão controversa nos autos, a partir do que identifica como sendo o *cerne* da acusação fiscal:

Em nenhum momento do **RELATÓRIO FISCAL** se faz alguma alusão à “ágio interno” ou algo do gênero. O que encontramos no citado relatório, e afirmado de maneira enfática no mesmo é que a operação societária teria envolvido uma **empresa veículo**, que esta é que teria gerado toda a celeuma e provocado, além de outras questões, o imbróglia posto nos autos.

Do **RELATÓRIO FISCAL**, percebe-se facilmente que estamos diante de caso relativo à aquisição de participação societária (com **ágio**), seguido de incorporação entre as empresas envolvidas, tendo-se constatado neste cenário, segundo a autoridade fiscal, a figura da já conhecida e assim chamada por grande parte da doutrina de **empresa veículo**.

[...]

Conforme consta no **Relatório Fiscal**, o Grupo Harman, capitaneado pelas estrangeiras, a holding americana Harman Professional Inc. e a holding holandesa, a Wild Mountain Holding BV, adquiriram uma empresa (Messina Participações Ltda.) existente no Brasil, que, posteriormente passou a se denominar Harman do Brasil Indústria e Participações Ltda. (**Harman Intermediária**) e que esta teria

servido apenas de “*intermediária para receber o aporte de recursos vindo do exterior para aquisição das ações da **Selenium** com ágio...*”

A empresa **Eletrônica Selenium S.A** (atual Harman do Brasil Indústria Eletrônica e Participações Ltda., ora Recorrente) era a empresa objeto de aquisição pelo Grupo Harman, que, no caso, foi adquirida pela **Harman Intermediária**, a qual recebeu um aporte de capital das holdings estrangeiras no total de R\$ 116.056.940,00, por meio de recursos vindo, portanto, do exterior, possibilitando, assim, o pagamento aos acionistas vendedores pessoas físicas.

Com esta aquisição, com pagamento de **ágio**, a **Harman Intermediária**, tendo como sócias duas holdings estrangeiras do Grupo Harman, passou a ter o controle direto da Eletrônica Selenium S.A,

Oportuno trazer excerto do Relatório Fiscal:

[...]

Em 30 de novembro de 2010, a **Harman Intermediária** foi incorporada pela investida (sua controlada), a Eletrônica Selenium (Recorrente), naquilo que se denomina de incorporação reversa, ocasião em que a incorporadora tem sua denominação social alterada para **Harman do Brasil Indústria e Participações Ltda.**(Recorrente).

Novamente, excertos do Relatório Fiscal:

[...]

A autoridade autuante destacou uma série de fatos/situações que a levou a concluir pela constatação de que a empresa **Harman Intermediária** serviu apenas para possibilitar a amortização do ágio nos termos do art.386 do RIR/99, ou seja, que se estaria diante de uma empresa **veículo**, assim denominada pela jurisprudência/doutrina como aquelas empresas que são constituídas exclusivamente para permitir a utilização do benefício fiscal contido naquele artigo. Tais empresas nestas condições só serviriam para *conduzir* o investimento adquirido com ágio, por meio de uma incorporação (no caso), o que, segundo os mentores desta operação societária, daria o devido respaldo legal para a questionada amortização do ágio.

A autoridade autuante concluiu que a empresa **Harman Intermediária** foi apenas uma empresa **veículo** e que, na realidade, o real adquirente da RECORRENTE (fiscalizada) foi o Grupo internacional Harman.

Portanto, **ai está o fundamento central da glosa** operada pela Autoridade Fiscal: o aproveitamento legítimo da despesa de amortização pressupõe a conjunção patrimonial entre a investidora que pagou o ágio, e a investida que irá gerar os lucros que justificaram o pagamento do ágio; mas, no presente caso, como a incorporação que foi formalizada pelos agentes envolveu pessoa jurídica que não a verdadeira adquirente, esse evento patrimonial não deve possuir eficácia perante a Fazenda Pública.

Debateu-se, portanto, nos autos, apenas a legalidade (ou não) da interposição da empresa veículo “Harman Intermediária” nos atos praticados. O voto vencido do acórdão consignou ainda que “o próprio TVF afirma: ‘... não questionamos, no presente termo, o propósito negocial das operações.’”, e, embora o voto vencedor do acórdão recorrido afirme o contrário, ao fim ao cabo a tese contraposta à vencedora era simplesmente a legalidade da utilização de holding para aquisição de investimento (com ágio) com sua posterior incorporação pela empresa investida e consequente início da amortização do ágio.

Foram apresentados pelo contribuinte, como paradigmas, os acórdãos nº 1302-003.434 e 1201-001.507.

Analisando-se o acórdão paradigma nº 1302-003.434, colhe-se do seu relatório, primeiramente, a seguinte síntese do cenário fático lá analisado:

O cerne fático da glosa intentada neste processo está na aquisição da Expresso Mercúrio por uma holding utilizada exclusivamente para a concretização da operação em análise e não diretamente pela empresa TNT Spain ou por outra empresa nacional havida pelo grupo TNT no Brasil, denominada TNT Express Brasil Holding. Objetivamente, a Fiscalização não teria identificado substância econômica na interposição, no negócio, da TNT Two (além de sustentar, como consentâneo, a incoerência da necessária confusão patrimonial entre a real adquirente e a investida).

E, complementando, o seguinte excerto do voto condutor daquele julgado:

Tal como exposto no relatório supra, ainda que o TVF traga notícias de uma série de operações societárias que antecederam aquela que culminou, realmente, com o ágio cujas despesas com amortização foram objeto da glosa fiscal, o cerne, e fundamento, da imposição tributária *sub examine* está calcado, exclusivamente, no uso de uma empresa veículo para operacionalizar a aquisição da Expresso Mercúrio pelo grupo TNT.

Todas as críticas feitas pela D. Auditoria Fiscal, vejam bem, repousam sobre o curto espaço de tempo entre a aquisição da TNT Two pela TNT Spain, o aumento de seu capital, a integralização deste (em espécie), a aquisição da Expresso Mercurio pela dita empresa de passagem e finalmente a incorporação desta pela própria sociedade investida. Em outras palavras, o problema é, tão só, o uso da dita empresa veículo. Para que não restem dúvidas, peço especial atenção para o seguinte trecho do TVF já transcrito anteriormente mas que, *venia concessa*, tomo a liberdade de reproduzir:

Naquele caso, portanto, a empresa **TNT Two**, caracterizada como a empresa veículo, foi utilizada em um contexto em que esta recebeu, por meio de aumento de capital efetuado pela sua controladora no exterior, os recursos financeiros utilizados na aquisição da Mercúrio, com ágio. Ou seja, contexto substancialmente semelhante ao descrito com relação ao ágio discutido nos presentes autos.

A CSRF tem reiteradamente manifestado o entendimento de que, no referido paradigma, a discussão “*se restringiu a legitimidade ou não de uma holding (empresa-veículo) adquirir o investimento com ágio e, ato seguinte, ser incorporada pela empresa investida, de forma a reunir as condições para a dedução fiscal do ágio que foi por ela pago*”, o que, conforme visto, foi também o que ocorreu no caso presente.

Este foi o entendimento manifestado pela CSRF, por exemplo, no acórdão nº 9101-006.516⁵, em que este paradigma foi analisado, tendo o relator (conselheiro Gustavo Guimarães da Fonseca) e a redatora do voto vencedor (conselheira Edeli Pereira Bessa) divergido quanto à aceitação do paradigma em questão apenas em face das circunstâncias específicas do caso lá recorrido, mas *não acerca do paradigma em si*. Neste sentido, o voto vencido acolhia o acórdão nº 1302-003.434 como paradigma válido, mas o voto vencedor o rejeitou.

Destaco a seguir o quanto contido nos votos vencido e vencedor do referido Acórdão nº 9101-006.516 acerca do acórdão paradigma nº 1302-003.434, para demonstrar que os fatos em debate no paradigma são precisamente aqueles que busquei sintetizar linhas acima:

Voto vencido (conselheiro Gustavo Guimarães da Fonseca):

No primeiro paradigma admitido, de nº 1302-003.434 (em que fui Relator), a operação lá analisada era em tudo similar àquelas operações que, para muitos, justificaram a própria criação das regras encartadas nos arts. 7º e 8º da Lei 9.532/95, num intento claro de incentivar a aquisição das empresas desestatizadas. Neste caso, vejam bem, uma empresa estrangeira objetivava adquirir investimento estabelecido no Brasil; para tanto, todavia, ao invés de adquirir diretamente o predito investimento, a Companhia estrangeira constituiu uma empresa veículo e, por meio dela, promove a compra da aludida participação societária. Ao fim, a própria sociedade investida, em procedimento de incorporação reversa, absorve a sua investidora (empresa de passagem), passando, então, a aproveitar o ágio.

Vejam que no caso acima, há uma distinção que pode ser relevante para meus pares mas que, para este Relator, é absolutamente desimportante.

É que lá, a acusação era de que não haveria a confusão patrimonial entre o real adquirente ao passo que, na hipótese dos autos, sustentou-se não ter ocorrido a absorção pelo investidor, da empresa efetivamente adquirida. I.e., aqui, o que se disse é que a incorporação se deu entre a adquirente e a empresa holding, constituída para viabilizar a aquisição da QUINSA, sendo esta última, a real investida. Ali se critica a figura do real investidor; aqui, discute-se o investimento realmente adquirido.

Voto vencedor (conselheira Edeli Pereira Bessa):

⁵ Participaram do julgamento os conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia De Carli Germano, Luis Henrique Marotti Toselli, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Alexandre Evaristo Pinto, Gustavo Guimarães da Fonseca e Fernando Brasil de Oliveira Pinto (Presidente).

Com respeito ao paradigma nº 1302-003.434, importa observar que este Colegiado negou conhecimento ao recurso especial contra ele interposto pela PGFN, sob os fundamentos assim expostos pelo Conselheiro Luis Henrique Marotti Toselli, condutor do Acórdão nº 9101-005.790:

Nesse caso específico, cumpre observar que a discussão se restringiu a legitimidade ou não de uma holding (*empresa-veículo*) adquirir o investimento com ágio e, ato seguinte, ser incorporada pela empresa investida, de forma a reunir as condições para a dedução fiscal do ágio que foi por ela pago.

Aos olhos do voto vencedor do acórdão ora recorrido:

O fundamento único, diga-se, utilizado pela D. Auditoria para inquirir de ilegalidade as operações acima, e, consentaneamente, para glosar as despesas deduzidas pela recorrente a título de amortização de ágio, foi o uso de uma "empresa de passagem", de vida curta, para efetuar-se a aquisição do investimento mencionado alhures; ao ver da fiscalização, e da DRJ, a criação da aludida empresa veículo não teria, em si, um fundamento econômico suficiente para justificar os negócios pactuados, tal qual como concebidos, identificando-se, assim, um intuito exclusivamente fiscal.

Venia concessa, na minha opinião e com o devido respeito aos que dela divergem, a criação de uma empresa de passagem para a aquisição, por empresas estrangeiras, de investimento lotado em território nacional está adstrita à liberdade de reorganização empresarial, embasada, inclusive, na garantia constitucional posta no art. 170 da CF88. Dizer-se, neste particular, que determinadas companhias estrangeiras estão obrigadas à efetuar a compra de ativos instalados no Brasil de forma direta e sem interposição de qualquer outra entidade, revela, insisto, na minha visão, pretensão de pautar a estrutura societária e institucional de entes privados.

E da declaração de voto do I. Presidente da Turma a quo, Conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado extrai-se que:

Com relação ao fundamento principal da autuação, concernente à utilização de empresa veículo como forma de viabilizar a posterior amortização do ágio pago, entendo que estando devidamente comprovado nos autos que houve o efetivo pagamento (sacrifício patrimonial) para a aquisição do investimento por parte da empresa adquirente e tendo a própria lei reguladora permitido a incorporação reversa para fins de amortização da despesa, a forma utilizada pela recorrente para a realização do negócio encontra-se dentro dos limites da liberdade de organização de seus negócios, não lhe sendo vedado utilizar aquela que lhe propicie, dentro do ordenamento

legal, o menor custo tributário (maior vantagem tributária, em verdade).

É oportuno registrar que não estou entre aqueles que defendem que os contribuintes podem fazer tudo que a lei não veda.

Entendo que os negócios jurídicos realizados devem respeitar os princípios da boa-fé e a função social da empresa. Assim, não se admitem negócios puramente formais, sem qualquer substância, que visam unicamente a obtenção de benefícios fiscais, como os observados na criação de ágio em operações internas ao grupo econômico.

No presente caso, entendo que a operação se amolda à previsão legal que autoriza a amortização do ágio. Existe um valor efetivamente pago que supera o valor patrimonial, amparado na expectativa de rentabilidade futura. Por outro lado, a adquirente foi absorvida por incorporação pela adquirida, verificando-se a confusão patrimonial exigida por lei para viabilizar a amortização da despesa.

Neste passo, com a devida vênia do entendimento fiscal e do adotado pelo i. relator, o meu entendimento é o de que a utilização da empresa chamada "veículo" para a aquisição do investimento encontra respaldo no ordenamento societário e fiscal e, efetivamente, encontra-se dentro da esfera de liberdade que a empresa tem para conduzir os seus negócios, inclusive de modo a lhe propiciar o menor custo ou a maior vantagem tributária.

Note-se que o negócio de compra e venda é real. O que se discute é se o contribuinte poderia adotar a estrutura societária que utilizou para a sua concretização.

(...)

A possibilidade legal de aproveitamento do ágio (uma vez que este tenha ocorrido e sido demonstrado legitimamente) decorre da absorção do patrimônio de um pessoa jurídica pela outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio apurado na forma do § 2º. Inc II do art. 385 do RIR/1999, inclusive quando a empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a participação.

Assim dispõe o art. 386 do RIR/1999:

(...)

Analisando o dispositivo acima, verifica-se que a confusão patrimonial decorre da **absorção do patrimônio de uma pessoa**

jurídica pela outra. É este o requisito que, uma vez atendido, permite a utilização do benefício de amortização antecipada do ágio pago.

E, no caso, concreto, **a pessoa jurídica que detinha a participação** era, indubitavelmente, a empresa holding que foi a responsável pela aquisição da participação societária no Brasil, ainda que os recursos tenham vindo, confessadamente, de empresas situadas no exterior.

Portanto, os reais detentores do investimento no Brasil eram a empresa do grupo TNT situada no exterior, mas ao contrário do entendimento fiscal a Lei não estabelece a confusão patrimonial entre investidora (de fato) e investida, mas, sim e expressamente, entre a "**pessoa jurídica**" que detém a participação societária na outra "**pessoa jurídica**" adquirida com ágio com esta última, ou vice-versa, por meio de processos de incorporação, fusão ou cisão.

Como se nota, a circunstância fática da TNT-Two (*a holding ou empresa veículo*) ter efetuado o pagamento do preço do negócio, ou seja, ter sido a *adquirente de direito*, foi determinante para a decisão do Colegiado em sentido contrário à glosa da dedução do ágio.

Os paradigmas (Acórdãos nºs 9101-002.188 e 9101-002.186), por sua vez, analisaram os requisitos de dedutibilidade do ágio à luz de situação fática diversa, qual seja, em aquisição de investimento com ágios que foram transferidos para empresas veículos.

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

Como bem observado no precedente, o debate no paradigma nº 1302-003.434 se restringiu a *legitimidade ou não de uma holding (empresa-veículo) adquirir o investimento com ágio e, ato seguinte, ser incorporada pela empresa investida, de forma a reunir as condições para a dedução fiscal do ágio que foi por ela pago*. No presente caso, o questionamento validado no acórdão recorrido diz respeito à possibilidade de dedução fiscal de ágio pago pela aquisição de empresa investida que não é incorporada, nem incorpora a adquirente, vez que a integração se dá entre a adquirente e a *holding (empresa veículo)* interposta entre a adquirente e a adquirida.

Em outras palavras: o paradigma estabelece que uma *holding* que recebe recursos para pagamento de participação societária adquirida é a adquirente da investida, enquanto no recorrido questiona-se se uma *holding* que recebe transitariamente em seu patrimônio a participação societária negociada é a investida adquirida. Por certo em ambos os debates serão considerados as funções de uma *holding*, o direito de auto-organização e a possibilidade de o Fisco questionar arranjos societários sem imputação de simulação. O mesmo, inclusive, se poderia arguir no precedente antes referido, no qual a *holding* não figura como adquirente, nem como adquirida, mas sim é interposta entre ambas depois da aquisição do

investimento, para receber em transferência o investimento adquirido e ser, na sequência, extinta.

Contudo, tendo em conta as distintas finalidades das *holdings* analisadas nos acórdãos aqui comparados, assim como no precedente, impõe-se reconhecer que o acórdão recorrido e o paradigma nº 1302-003.434 se debruçaram sobre situações fáticas que se desassemelham em ponto determinante para a interpretação da legislação tributária, o que impede cogitar se o Colegiado que proferiu o paradigma também validaria a dedução fiscal das amortizações de ágio nas presentes circunstâncias, razão pela qual o dissídio jurisprudencial não se estabelece.

Acrescente-se ainda o entendimento manifestado pela CSRF no acórdão nº 9101-006.287⁶, em que este paradigma foi também analisado, tendo a relatora (conselheira Livia De Carli Germano) assim a ele se referido, em voto acompanhado, na ocasião, pela unanimidade dos conselheiros presentes:

No caso do paradigma 1302-003.434 (Caso TNT), a questão colocada para análise é bem semelhante à do caso em tela, com a diferença de que, ali, os recursos vieram de empresa do grupo no exterior.

Naquele caso, eis que o voto condutor observa que *“o cerne, e fundamento, da imposição tributária sub examine está calcado, exclusivamente, no uso de uma empresa veículo para operacionalizar a aquisição da Expresso Mercúrio pelo grupo TNT.”* E continua (grifamos):

Todas as críticas feitas pela D. Auditoria Fiscal, vejam bem, repousam sobre o curto espaço de tempo entre a aquisição da TNT Two pela TNT Spain, o aumento de seu capital, a integralização deste (em espécie), a aquisição da Expresso Mercurio pela dita empresa de passagem e finalmente a incorporação desta pela própria sociedade investida. Em outras palavras, o problema é, tão só, o uso da dita empresa veículo.

Diante de tal autuação, o voto condutor do acórdão 1302-003.434 discorre acerca do uso de “empresas-veículo” na aquisição de investimentos, e conclui (grifamos):

Insisto e repriso que, se estivéssemos diante de uma sucessão de operações criadas de sorte a tentar ocultar fatos ou dissimular atos (na acepção estritamente objetiva e técnica do art. 167 do Código Civil), sem o emprego de recursos em espécie e sem se observar efeitos concretos tanto sob o plano econômico-societário, como no plano fiscal, o uso da empresa veículo poderia ser considerado como prova adicional da ausência de substância econômica dos negócios (ou ausência do alardeado “intento negocial”); não é, contudo, o que se observa no caso em exame.

⁶ Participaram do julgamento os conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia De Carli Germano, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Luis Henrique Marotti Toselli, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Alexandre Evaristo Pinto, Gustavo Guimarães da Fonseca, Carlos Henrique de Oliveira (Presidente). Ausente o conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado.

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

O voto condutor justifica a legitimidade da utilização da empresa veículo na liberdade de organização, argumento que seria também válido para o caso de empresas localizadas no país – neste sentido, observa que *“a criação de uma empresa de passagem para a aquisição, por empresas estrangeiras, de investimento lotado em território nacional está adstrita à liberdade de reorganização empresarial, embasada, inclusive, na garantia constitucional posta no art. 170 da CF88.”*. Assim, pode-se afirmar que, apesar do aspecto fático diferente relativo à origem dos recursos, a aplicação do racional desse paradigma ao caso dos autos seria capaz de levar a uma alteração da decisão a que chegou o voto condutor do acórdão recorrido.

Observo que o racional do paradigma 1302-003.434 foi analisado quando da interposição, pela Fazenda Nacional de recurso especial contra tal decisão (o qual acabou não tendo sido conhecido em razão da ausência de demonstração de divergência jurisprudencial). Naquela ocasião, o i. Conselheiro Luis Henrique Marotti Toselli observou (trecho do voto no acórdão 9101-005.790⁷, de 08 de outubro de 2021):

Nesse caso específico, cumpre observar que a discussão se restringiu a legitimidade ou não de uma holding (empresa-veículo) adquirir o investimento com ágio e, ato seguinte, ser incorporada pela empresa investida, de forma a reunir as condições para a dedução fiscal do ágio que foi por ela pago. (...)

Como se nota, a circunstância fática da TNT-Two (a holding ou empresa veículo) ter efetuado o pagamento do preço do negócio, ou seja, ter sido a adquirente de direito, foi determinante para a decisão do Colegiado em sentido contrário à glosa da dedução do ágio.

Assim, compreendo que a divergência jurisprudencial resta demonstrada com base no paradigma 1302-003.434.

Analisando-se agora o acórdão paradigma nº 1201-001.507, colhe-se do seu voto condutor a seguinte síntese do cenário fático lá analisado:

⁷ Participaram do julgamento os Conselheiros Edeli Pereira Bessa, Livia De Carli Germano, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Alexandre Evaristo Pinto, Caio Cesar Nader Quintella e Andréa Duek Simantob, sendo que esses dois últimos divergiram para conhecer do recurso.

Para melhor visualização do racional deste voto, faço abaixo uma breve síntese dos fatos:

- i) a empresa GUINA PARTICIPAÇÕES, tratada pela fiscalização como empresa veículo foi constituída 2006, com capital social de R\$ 100,00 e tendo como sócios as empresas TEXTAR PARTICIPAÇÕES e PACAEMBU PARTICIPAÇÕES, ambas sediadas no Brasil;
- ii) em 2007, a denominação social da GUINA PARTICIPAÇÕES é alterada para EXPERIAN BRASIL e o quadro societário passa a ser composto pelas empresas GUS EUROPE HOLDINGS BV e GUS OVERSEAS HOLDINGS BV, ambas sediadas no exterior.
- iii) também em 2007, o capital social da EXPERIAN BRASIL é aumentado para R\$ 2,25 bilhões e, posteriormente, para R\$ 2,4 bilhões;
- iv) ainda em 2007 a EXPERIAN BRASIL adquire 70% de participação na SERASA S.A, com pagamento de ágio no valor de R\$ 2.286.671.078,74.
- v) em dezembro de 2007, a SERASA S. A. incorpora a EXPERIAN BRASIL e passa a amortizar o ágio.

Importante trazer tais fatos no voto, pois, são incontroversos. Isso porque, não obstante defender que a ora Recorrente tenha agido de forma abusiva e simulada, a Fiscalização ou mesmo os julgadores da DRJ não questionam, em momento algum, a ocorrência de tais fatos.

Os seguintes excertos do voto condutor daquele acórdão paradigmático definem a questão controversa central lá em debate:

Digo isso, pois, a origem da autuação é o inconformismo do fisco com o fato de uma empresa sediada no exterior, antes de efetuar a aquisição de uma empresa no Brasil, capitalize outra empresa brasileira no papel de holding para que esta faça a aquisição da empresa operacional que é a Serasa.

A Fiscalização entende que a ora Recorrente agiu de forma dolosa (aplicação de multa de 150%) com o único objetivo de economizar tributos de forma indevida, fraudulenta ou simulada, vez que faltou à Recorrente demonstrar e provar a existência de razões negociais ou "business purpose" para agir desta forma.

Não obstante o alto grau de subjetividade existente em qualquer discussão relacionada à existência ou inexistência de "business purpose" nas operações, face à mais que concreta objetividade da lei, e aqui me refiro às regras para dedução do ágio, este Conselheiro não se furtará de enfrentar as questões de fato relacionadas às razões empresariais ou econômicas da operação.

Contudo, o que os julgadores desta turma devem avaliar de forma central, é se esta conduta ou esta escolha de negócio da Recorrente infringe a lei tributária ou não, de forma a impossibilitar a dedução do ágio, pois, como já afirmei acima, o Princípio da Legalidade não deve ser deixado de lado, de forma alguma.

Conforme referido pelo seu relator, no seu voto ele de fato não se furta de analisar as razões empresariais ou econômicas da operação, tendo exposto no voto todas aquelas que

julgou fazerem prova da existência de um efetivo propósito negocial naquele caso. Vejamos os excertos a seguir:

Aqui então, se justifica a constituição da empresa Experian Brasil, a chamada empresa veículo.

Primeiramente, a negociação com os minoritários se torna mais fluída e rápida se efetuada com uma pessoa jurídica sediada no Brasil em comparação com uma empresa estrangeira sediada na Irlanda.

Além disso, com a capitalização da Experian Brasil, concentrada em 04 operações de aporte de capital, para posterior utilização deste capital para a aquisição das ações da Recorrente, temos que ao final foram substituídas 57 operações de câmbio por 57 simples transferências bancárias locais.

Somente em relação à primeira etapa da aquisição (65% das ações), foram efetuadas 11 transferências bancárias para 11 beneficiários distintos.

Além da facilidade operacional, menor custo (operações de câmbio são mais caras que TEDs ou DOCs) e maior rapidez, o fato do capital ser internalizado antes para posterior aquisição das ações, possibilitou à Experian a mitigação do risco cambial.

Isso porque, dado o tempo decorrido entre a tomada de decisão para aquisição de 70% das ações da Recorrente e a efetiva aquisição e pagamento, a variação cambial poderia afetar bastante o custo das ações.

Assim, uma vez que o capital já havia sido internalizado, a negociação das ações em Reais não traria mais qualquer risco cambial para a operação.

Cabe ressaltar também que, inclusive do ponto de vista dos minoritários, a operação se tornou muito mais simples e transparente, ao saberem que as negociações se dariam com entidade estabelecida no Brasil e que receberiam seus pagamentos através de simples transferências bancárias.

Neste ponto, é de sua importância lembrar que, tais acionistas, minoritários ou principais, reconheceram o ganho de capital decorrente da venda das ações com ágio, estando assim, presente em território brasileiro, a chamada contrapartida da dedução do ágio pelo comprador que é a tributação do ganho de capital pelo vendedor ou, no caso, vendedores.

Diante do exposto, não restam dúvidas que a escolha de constituição de uma empresa holding no Brasil para que fosse utilizada como instrumento para aquisição das ações da Recorrente fez todo sentido do ponto de vista empresarial, principalmente, no que se refere à maior facilidade e simplicidade da operação (operacional), maior fluidez nas negociações (comercial/negocial), menor custo com as transferências e menor risco cambial (financeiro). *(grifos do original)*

Tais circunstâncias, portanto, ainda que a questão “central” a ser avaliada por aquele colegiado fosse a de saber “se esta conduta ou esta escolha de negócio da Recorrente

infringe a lei tributária ou não”, podem ter sido relevantes para a convicção dos julgadores naquele caso, o que poderia, eventualmente, tornar tal precedente dissimilar de outro em que se entenda inexistir qualquer propósito negocial.

No caso recorrido, contudo, em que pese a afirmação da relatora de que a fiscalização teria afirmado que *“não questionamos, no presente termo, o propósito negocial das operações”*, o voto vencedor do acórdão recorrido afirma o contrário, aliás, retratando exatamente o contexto e as afirmações da autoridade fiscal no Termo de Verificação Fiscal.

De toda a forma, entendo que o colegiado que proferiu o acórdão paradigmático, se estivesse analisando o caso dos presentes autos, reformaria a decisão nele alcançada, uma vez que o contexto fático lá enfrentado – em especial as possíveis dificuldades operacionais de se negociar com diversos acionistas e as questões operacionais quanto às inúmeras remessas internacionais que se fariam necessárias sem a utilização da holding no Brasil – se alinha com o quadro fático contido nos presentes autos.

Nestes termos, o acórdão paradigma nº 1201-001.507 também se presta à demonstração da divergência alegada.

Por todo o exposto, encaminho meu voto pelo CONHECIMENTO do Recurso Especial quanto a esta matéria.

1.3 RESUMO QUANTO AO CONHECIMENTO

Pelo exposto, voto por CONHECER do Recurso Especial da Fazenda Nacional e por CONHECER do Recurso Especial do Contribuinte.

Passo, a seguir, ao mérito.

2 MÉRITO

2.1 RECURSO ESPECIAL DO CONTRIBUINTE

2.1.1 DEDUTIBILIDADE FISCAL DO ÁGIO

O presente litígio diz respeito a autos de infração de IRPJ e CSLL (anos-calendário 2011, 2012 e 2013) em que há acusação fiscal de deduções indevidas de amortização de ágio envolvendo empresa veículo.

Para a autoridade fiscal autuante, o ágio teria sido efetivamente suportado por pessoa jurídica situada no exterior, utilizando, sem qualquer outro propósito negocial que não fosse a própria economia tributária uma *“empresa-veículo”* situada no Brasil com vida efêmera e, cuja finalidade fora apenas ter sua extinção subsequentemente decretada, com o único intuito de reduzir a carga tributária em arrepio à legislação tributária.

Outrossim, o Contribuinte insinua que a norma do art. 386 do RIR/99 possui caráter nitidamente indutor, e que a empresa denominada como veículo foi uma *holding* que teria cumprido seu papel nos termos da legislação vigente, de tal forma que o aproveitamento do ágio seria legítimo. A possibilidade de amortização do ágio seria um incentivo na aquisição de pessoas jurídicas, ainda mais se tratando de investidor estrangeiro que internalizam recursos tão importantes para o país.

Pois bem, antes de adentrar na análise da operação em si, convém discorrer sobre a legislação tributária que rege a matéria, em especial sobre a necessidade de não se confundir o direito à contabilização do ágio com as condições para sua amortização, ao menos em termos fiscais.

Vejamos, com base no Decreto nº 3.000, de 1999 (RIR/99), vigente à época dos fatos geradores, a legislação que rege a matéria:

Amortização do Ágio ou Deságio

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

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

Avaliado pelo Valor de Patrimônio Líquido

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

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

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

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

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

Excepcionalmente, o ágio pode vir a ser amortizado, nos termos do art. 386, III, e seu § 6º, II, do RIR/99, *verbis*:

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

[...]

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

[...]

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

[...]

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

Para amortização do ágio, a meu ver, diversas premissas necessitam ser cumpridas. o efetivo pagamento do custo total de aquisição, inclusive o ágio;

1. a realização das operações originais entre partes não ligadas;
2. seja demonstrada a lisura na avaliação da empresa adquirida, bem como a expectativa de rentabilidade futura;
3. **a extinção do investimento em razão da absorção do patrimônio da investidora pela investida, ou vice-versa, conforme prevê o art. 386, e seu inciso III, do RIR/99, ou seja, confusão patrimonial entre a investidora e investida.**

Como se passará a demonstrar a partir de agora, a avaliação detalhada de como se deu esse último pressuposto será o ponto nodal para se confirmar ou não a negativa de aproveitamento do ágio levada a efeito pela autoridade fiscal.

Isso porque se pode facilmente extrair da dicção do 7º da Lei nº 9.532/97 que o aspecto pessoal delineado pela norma, no caso de pessoa jurídica absorver patrimônio de outra na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, passa necessariamente pelo exame de quem efetivamente realizou a aquisição da pessoa jurídica investida, do ponto de vista material, e não tão somente sob o aspecto formal. Ou, examinando-se sob o ângulo da holding formada no Brasil especificamente para aquisição do investimento, se a operação realizada necessitava dessa interposição, quer por questões negociais, regulatórias ou mesmo para

viabilização do negócio. Enfim, as operações efetivamente realizadas pela holding são essenciais no exame de sua eventual artificialidade na operação levada a efeito.

No caso concreto, a acusação contida no Termo de Verificação Fiscal elaborado pela autoridade fiscal baseia-se na falta de propósito negocial na utilização de “*empresa veículo*”, mediante operações societárias meramente com fins fiscais para se buscar a amortização do ágio. O voto condutor do aresto recorrido assim sintetiza a operação:

A autoridade autuante destacou uma série de fatos/situações que a levou a concluir pela constatação de que a empresa Harman Intermediária serviu apenas para possibilitar a amortização do ágio nos termos do art.386 do RIR/99, ou seja, que se estaria diante de uma empresa veículo, assim denominada pela jurisprudência/doutrina como aquelas empresas que são constituídas exclusivamente para permitir a utilização do benefício fiscal contido naquele artigo. Tais empresas nestas condições só serviriam para conduzir o investimento adquirido com ágio, por meio de uma incorporação (no caso), o que, segundo os mentores desta operação societária, daria o devido respaldo legal para a questionada amortização do ágio.

A autoridade autuante concluiu que a empresa Harman Intermediária foi apenas uma empresa veículo e que, na realidade, o real adquirente da RECORRENTE (fiscalizada) foi o Grupo internacional Harman.

Portanto, aí está o fundamento central da glosa operada pela Autoridade Fiscal: o aproveitamento legítimo da despesa de amortização pressupõe a conjunção patrimonial entre a investidora que pagou o ágio, e a investida que irá gerar os lucros que justificaram o pagamento do ágio; mas, no presente caso, como a incorporação que foi formalizada pelos agentes envolveu pessoa jurídica que não a verdadeira adquirente, esse evento patrimonial não deve possuir eficácia perante a Fazenda Pública.

Assim, resta claro que a Autoridade Fiscal desconsiderou a incorporação que foi formalizada pelos agentes. Nesse sentido, a Autoridade Fiscal registrou que, para fins tributários, reorganizações societárias devem conter alguma substância econômica e propósito negocial.

Nesse específico caso, a Autoridade Fiscal afirmou que “*a Harman Intermediária foi uma figura estranha no negócio protagonizado pela Harman International e Grupo Selenium. A constituição, sob aspecto formal, dessa empresa veículo tentou dar aparência de que seria a verdadeira adquirente das ações da Selenium, porém, está demonstrado que isso não passou de ficção na busca de benefício tributário ilegal.*”

[...]

A seguir destacamos, extraídos do **Relatório Fiscal, item 2.2.4 Características da Harman Intermediária:**

- que a Harman Intermediária foi figura estranha no negócio, totalmente protagonizado por **Harman International Industries Incorporated** (Harman International), empresa americana que conduziu as negociações junto ao Grupo Selenium; que Harman Intermediária seria uma sociedade sem qualquer propósito negocial afora a busca de vantagem fiscal;

- A Harman Intermediária não apresentou qualquer atividade operacional no período compreendido entre a sua constituição e capitalização, não há registro de empregados, que apesar de nomear administradores e prever uma remuneração, não houve pagamento a este título; livros Diários sem registro na Junta Comercial, além de registros contraditórios na contabilização do ágio, então dividido em três rubricas, primeiramente baseado em dois laudos, depois houve a unificação do ágio, então com fundamento em laudo de rentabilidade futura;

Novamente, excertos do Relatório Fiscal:

Então, não temos uma ou outra inconsistência durante a curta vida da Harman Intermediária, mas um conjunto de fatos atípicos para uma sociedade minimamente organizada. Como exposto, a Harman Intermediária foi constituída a partir de um CNPJ de prateleira, não possuía sede, não tinha despesas de manutenção, não possuía empregados, nem remunerava seus administradores, e ainda, seus registros contábeis seguiram práticas contraditórias em uma escrituração que não observou as devidas formalidades.

Os fatos acima são o claro reflexo de uma sociedade que nasceu com data de validade para ser extinta. O objetivo primordial em nenhum momento foi o de permanecer como uma empresa de participação, no controle da Selenium, mas o de carrear o ágio para dentro da investida. Sendo esta a finalidade principal da empresa veículo, somada à certeza de sua imediata extinção, muitos quesitos, que seriam tratados com atenção por uma pessoa jurídica com ânimo definitivo, simplesmente são ignorados nesse quadro.

Conforme já explanado, entendo existir a necessidade de confusão patrimonial entre a investidora e a investida a fim de que o ágio possa vir a ser amortizado. Isso em regra, e para uma aquisição de investimento realizado por uma empresa situada no Brasil ou sem entraves de natureza regulatória que exijam, ao menos não tornem a operação artificial.

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

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

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

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

Conforme já tive a oportunidade de me pronunciar em inúmeros casos atinentes à amortização de ágio mediante utilização de “empresas de passagem” ou “empresas veículo”, há de se analisar, em cada caso, se o único propósito de assim se proceder foi a economia tributária, ou, de modo diverso, se há outros propósitos que justifiquem a constituição de tal empresa⁸.

Pois bem, embora concorde que não se pode determinar a existência de patologia fiscal simplesmente pela utilização de empresas veículos, no caso concreto, não me resta qualquer sombra de dúvida que as operações, da forma como foram arquitetadas, visaram a driblar a legislação de regência, buscando posicionar a Recorrente artificialmente perante as normas que permitem a **amortização** do ágio em operações societárias.

Constata-se, assim, que, em regra geral, o ágio deverá ser ativado e utilizado como custo somente no momento da alienação do investimento, obviamente se essa vier a ocorrer, o que, frise-se, não há qualquer notícia de que tais alienações tenham ocorrido no caso concreto.

Nesse sentido, compulsando os autos, percebe-se claramente que os investimentos realizados, e adquiridos com ágio, comporiam o ativo da Recorrente, provavelmente, por tempo indeterminado, haja vista a continuidade das operações antes realizadas pelas investidas em novas empresas, segregadas de acordo com o ramo de atividade a que se dedicavam e, ao que tudo indica, ainda se dedicam, com exceção da hipótese de fechamento de capital.

A artificialidade da operação foi justamente buscar o contorno de tais normas imperativas, que impunham a ativação do ágio, buscando posicionar a Recorrente diante de normas de contorno, quais sejam, o art. 386, III, e seu § 6º, II, do RIR/99, conforme já reproduzido alhures.

Isso porque o fato de a formação do ágio ter cumprido os requisitos legais estabelecidos, em especial aqueles em que essa turma firmou entendimento necessários (o efetivo pagamento do custo total de aquisição, inclusive o ágio; a realização das operações

⁸ Nesse sentido, no Acórdão 1402-001.954 votei por dar provimento ao recurso do contribuinte por entender justificada a utilização de uma empresa enquadrada como “veículo” pela autoridade fiscal lançadora, mas que restou configurada, em realidade, como sociedade de propósito específico, e não constituída com o fim único de angariar vantagem tributária de forma artificial. Entendimento semelhante encontra-se nos Acórdãos 9101-003.609 e 9101-003.610, julgamentos em que atuei como suplente na Câmara Superior de Recursos Fiscais e apresentei declarações de voto.

originais entre partes não ligadas; seja demonstrada a lisura na avaliação da empresa adquirida, bem como a expectativa de rentabilidade futura), não possui o condão de permitir que a regra geral seja desrespeitada, qual seja, o ágio deverá compor o custo do investimento para fins de apuração de ganho de capital em eventual alienação (inteligência do art. 391 c/c art. 426, II, ambos do RIR/99).

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

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

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

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

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

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

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

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

Este ponto merece ser melhor explicitado, visto que há muitos juristas e doutrinadores - quiçá a maioria, até - que tratam os referidos artigos 7º e 8º como um incentivo fiscal às privatizações. Contudo, o entendimento aqui exposto não é isolado, e, neste sentido, transcrevo excerto de manifestação de Luís Eduardo Schoueri em recente livro⁹ a respeito do tema:

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

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

Tal posicionamento não deixa de ser curioso. Afinal, se anteriormente o ágio era deduzido integralmente, a imposição de restrições não poderia ser considerada um incentivo. A exposição de motivos da Medida Provisória nº 1.602/1997 deixou hialino esse intuito de restrição da consideração do ágio como despesa dedutível, mediante a instituição de óbices à amortização de qualquer tipo de ágio nas operações de incorporação. Com isso, o legislador visou limitar a dedução do ágio às hipóteses em que fossem acarretados efeitos econômico-tributários que os justificassem.

Segundo as palavras utilizadas à época pelo Poder Executivo para justificar a introdução de disciplina diferenciada para o ágio conforme sua fundamentação, houve a necessidade de se coibir planejamentos tributários consistentes na

⁹ SCHOUERI, Luis Eduardo. Ágio em reorganizações societárias (aspectos tributários). São Paulo: Dialética, 2012, p. 66-68.

aquisição com ágio de empresas deficitárias e posterior incorporação que fizesse com que o ágio fosse deduzido na empresa lucrativa.

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

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

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

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

[...]

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

[...]

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

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

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

De fato, o então Deputado Valdemar Costa Neto apresentou o Projeto de Lei nº 2.922-A, de 2000, por meio do qual propunha, em seu artigo 1º, a revogação do inciso III do art. 7º da Lei nº 9.532/97, ao argumento de ser “completamente

absurdo o benefício fiscal que ela concedeu as empresas vencedoras dos leilões de privatização de empresas estatais”.

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

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

Neste sentido, podemos até dizer que um dos principais incentivos apresentados pelos processos de privatização está inserido na seara fiscal, eis a razão pela qual o benefício fiscal do inciso III do art. 7º da Lei n.º 9.532, de 1997, se faz necessário.”

O Relator da matéria na Comissão de Finanças e Tributação, Deputado Antonio Cambraia, em seu voto, acolheu integralmente as ponderações apresentadas pela emenda supressiva, ressaltando que, por meio do artigo da Lei n.º 9.532/97 em questão, “estimula-se o investimento em outras empresas e a reorganização societária, tão importantes num contexto de baixo crescimento econômico do país”.

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

O entendimento de que se trata de um incentivo fiscal tem permeado as mais recentes decisões do CARF a respeito do tema. Neste contexto foram proferidos diversos dos acórdãos citados pela recorrente em sede de recurso e memoriais apresentados, bastando a tanto citar o Acórdão n.º 1301-000.711 (Tele Norte Leste, de relatoria do ilustre Conselheiro Valmir Sandri) e o Acórdão n.º 1402-000.802 (Banco Santander, de relatoria do ilustre Conselheiro Antônio José Praga de Souza).

Transcrevo abaixo breve excerto do Acórdão n.º 1301-000.711:

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

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

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

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

Retornando ao caso concreto, entendo que não assiste razão ao Contribuinte em seu recurso.

A utilização de uma *holding* no Brasil, para investidores situados no exterior, em determinadas circunstâncias, até poderia ser justificada quando há algum entrave de ordem regulatória ou justificativa para efetiva existência de tal *holding*. No caso concreto, contudo, restou evidente que os investidores estrangeiros tinham tão somente interesse em adquirir e controlar uma empresa operacional no Brasil, no caso, Eletrônica Selenium S/A.

Veja-se que antes mesmo da formalização do contrato de aquisição do controle de Eletrônica Selenium, por meio da pessoa jurídica Harman do Brasil Ind. Eletrônica e Participações Ltda, antes denominada Messina Participações (citada como “Harman Intermediária” no relatório fiscal), em 01/06/2010, a autoridade fiscal autuante identificou em 29/04/2010 o anúncio do negócio nos Estados Unidos, sede de uma das holdings do grupo Harman - Harman International Industries, Incorporated (“Harman International”, conforme citado no termo de verificação fiscal), conforme reproduzido no relatório do acórdão recorrido e a seguir novamente transcrito:

A Autoridade Fiscal empreendeu pesquisas na web e encontrou anúncio do Negócio nos Estados Unidos. Esse fato se justifica pela razão de que a Harman International, que comandou a negociação, é uma companhia aberta nos EUA e, como tal, deve dar publicidade desses negócios.

No website da empresa, seção de relacionamento com investidores (<http://investor.harman.com/releasedetail.cfm?ReleaseID=483721>), foi encontrada uma nota, com data de 29/04/2010, na qual foi feito um anúncio de acordo para aquisição da Eletrônica Selenium (juntada às fls. 1514 a 1515 dos autos).

Nessa nota, a Harman anunciava que havia chegado a um princípio de acordo para adquirir a Eletrônica Selenium S/A.

Dessa forma, o referido comunicado, somado à Carta de Intenções de março/2010, não deixa dúvidas de que o negócio estava definitivamente fechado ao final de abril de 2010.

Ainda de acordo com o anúncio, a operação estava pendente de documentação final, razão pela qual a Autoridade Fiscal conduziu que dentre essas formalidades finais estaria indusa a implementação do planejamento tributário aqui no Brasil. A

Harman Intermediária foi formalmente constituída apenas em 11/05/2010, portanto após o referido anúncio nos EUA. De fevereiro até início de maio/2010, existia apenas um CNPJ com nome de Messina Participações.

Além disso, possíveis entraves para pagamento aos sócios pessoas físicas de Eletrônica Selenium não se mostrava como qualquer entrave, posto que, “Carta de Intenções” firmada ainda antes, em 01/03/2010, permitiria, inclusive, que o pagamento fosse realizado em dólares (relatório do acórdão recorrido, fl. 2976, item “i”). Cogitava-se, naquele momento, que o pagamento pudesse ser realizado em reais caso fosse realizado por meio de uma subsidiária a ser criada no Brasil “se fosse o caso”, ou seja, não havia sequer exigência dos alienantes o recebimento em reais, muito menos feito por uma subsidiária do Brasil, tratando-se de opção do próprio grupo Harman.

No mais, não constam nos autos quaisquer outros atos, negócios ou operacionalidade de Harman Participações como efetiva *holding* no curto espaço de tempo em que existiu, sem pagamento de qualquer remuneração a administradores e com Livro Diário sequer registrado perante a Junta Comercial. Nesse contexto, com base nos dados constantes dos autos, e na inexistência de qualquer esforço por parte da Recorrente de demonstrar o contrário, evidencia-se, com a incorporação reversa da suposta *holding* 5 meses após a aquisição do investimento, que aquela serviu tão somente de empresa de passagem para amortização do ágio, posto que, após esse período, o grupo Harman situado no exterior passou a deter diretamente a pessoa jurídica operacional, ora Recorrente.

Com efeito, vê-se que o grupo Harman não possuía qualquer interesse negocial em possuir uma *holding* no Brasil, o que indica a correção do voto condutor da decisão recorrida ao assim concluir:

No presente caso, nota-se claramente que o Grupo HARMAN transformou uma aquisição de participação societária (que se daria diretamente pela pessoa jurídica norte-americana) em uma sequência de operações estruturadas com a finalidade única de obter determinado efeito fiscal mais vantajoso. Ao invés de a HARMAN INTERNATIONAL realizar uma aquisição direta de participação na Autuada, preferiu-se a utilização de uma sociedade (a HARMAN INTERMEDIÁRIA) apenas para o fim de possibilitar a antecipação do aproveitamento do ágio pela fiscalizada.

Nesse contexto, a artificialidade da operação está, justamente, no passo intermediário utilizado pela Recorrente a fim de que o ágio, que deveria compor o custo do investimento registrado na contabilidade das empresas do grupo Harman no exterior, que talvez nunca seja alienado, pudesse ser amortizado: a criação de “empresa veículo” “Harman Intermediária” a fim de que pudesse ser realizada uma operação de reestruturação com incorporação reversa permitindo, no entender da Recorrente, o início da amortização dos valores de ágio.

Importante ressaltar que o presente caso se mostra distinto ao de outras operações em que entendi que o uso de *holding* não teria sido realizado de forma artificial, como, por exemplo, no Acórdão nº 9101-007.058 (Raízen Energia S/A - sessão de 10/07/2024), ou nos Acórdãos 9101-006.240/9101-006.241 (Gol Linhas Aéreas - sessão de 09/08/2022) e 9101-006.486 (Claro S/A – sessão de 04/03/2023) em que acompanhei o voto do Conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado, em especial, neste último, dos quais destaco as seguintes passagens da declaração de voto formulada pelo referido r. Conselheiro:

Entendo que a duração das empresas holdings constituídas pelas controladoras no exterior e a série de operações subsequentes (AFACs) visando à capitalização das empresas operacionais adquiridas depõem a favor da contribuinte no sentido da existência de propósito comercial das mesmas, principalmente em face dos óbices regulatórios que impediam e ainda impedem o controle direto por empresas estrangeiras das empresas de telefonia no país.

É certo que os recursos para os investimentos feitos na compra e capitalização das operadoras de telefonia provieram das controladoras no exterior, mas entendo que a criação e capitalização de uma holding no país, considerando a complexidade dos investimentos feitos revela-se completamente razoável no contexto da aquisição de diversas operadoras regionais de telefonia móvel/celular que culminaram na sua reunião em uma única empresa, após vários anos de investimentos.

Não tem razão a Procuradoria da Fazenda Nacional em suas contrarrazões quando aponta que as restrições regulatórias apontadas pela recorrente não seriam um óbice às aquisições das companhias diretamente, uma vez que não estariam adquirindo o controle das empresas operacionais naquelas aquisições.

Tal argumento é verdadeiro quando analisada cada aquisição isoladamente, mas o que se observa é que ocorreram diversas aquisições de grupos diferentes visando a obtenção do controle das empresas adquiridas, como é o caso da aquisição das participações da empresa ATL pela empresa Sândalo.

O que se verifica no exame em conjunto das operações é que, efetivamente, houve a aquisição do controle das empresas operacionais pelo grupo estrangeiro, que ao final restaram consolidados na empresa recorrente.

É evidente que a empresa tinha interesse fiscal na amortização do ágio gerado, mas este não parece ser o único motivo, nem o preponderante quando analisadas todas as operações que culminaram na incorporação de todas as holdings e empresas operacionais em uma única companhia operacional.

A recorrente destaca, ainda, que se fosse unicamente fiscal o interesse na incorporação das companhias adquiridas, poderia ser seletiva e não teria incorporado de imediato algumas delas que tinham prejuízos fiscais a compensar e deixaram de ser aproveitados com a incorporação reversa.

Observo, também, que a fiscalização não tratou os negócios como simulados, mas apenas apontou que as reais adquirentes eram as empresas situadas no exterior e que, portanto, não houve a confusão patrimonial entre investidoras e investidas. [destaques ora inseridos]

No caso concreto, por outro lado, além da inexistência de qualquer operacionalidade e materialidade da empresa tida como *holding* - conforme já explorado alhures e ainda que se considere o papel de uma empresa desse jaez - , a autoridade fiscal não se limitou a apontar que o real adquirente era uma empresa situada no exterior, imputando os autos, corretamente ou não, como simulados, com farto arcabouço fática para desconsideração das operações intermediárias perpetradas formalmente pela dita empresa veículo, imputando-as como praticadas efetivamente pela empresa situada no exterior.

E é nesse contexto que, nos presentes autos, entendo a interposição da empresa tida como *holding* pela Recorrente não se sustenta.

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

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

Nesse sentido, colacionam-se a seguir os ensinamentos de Marco Aurélio Greco¹⁰:

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

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

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

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

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

¹⁰ GRECO, Marco Aurélio. Planejamento Tributário. São Paulo: Dialética, 2011, p. 198 -208.

negócios privados somente poderá ocorrer se puder demonstrar de forma inequívoca que o ato foi abusivo porque sua única ou principal finalidade foi conduzir a um menor pagamento de imposto.

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

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

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

Ricardo Lobo Torres, a esse respeito, esclarece que *“a proibição da elisão abusiva no campo tributário nada mais é que a especificação do princípio geral, jurídico e moral, da vedação do abuso de direito”*.¹¹

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

parte daquilo que Tércio Sampaio Ferraz Júnior denomina de **regras de calibração do ordenamento**. Ou seja, os textos legais dão as peças do sistema jurídico, mas para que funcionem coordenadamente precisam ser calibradas, ajustadas.¹² [grifo nosso]

Sobre o tema, Ricardo Lobo Torres conclui que

No direito tributário o mais importante para a Administração é requalificar o ato abusivo, sem anulá-lo em suas consequências no plano das relações comerciais ou trabalhistas.[...] Na elisão, afinal de contas, ocorre um abuso na subsunção do fato à norma tributária; como lembra Paul Kirchhof, a elisão é sempre uma subsunção malograda [...] Cabe à Administração Tributária, conseqüentemente, corrigir a subsunção malograda, requalificando o fato de acordo com a interpretação correta da regra de incidência.¹³

Também não há que se falar em desconsideração da personalidade jurídica ou de atos jurídicos. O que houve, na prática, foi uma requalificação dos atos realizados pelo contribuinte, prática adotada como regra de calibração do sistema (conforme Tércio Sampaio Ferraz Júnior), ou de “neutralização de esperteza”, nas palavras de Marco Aurélio Greco.

¹¹ LOBO TORRES, Ricardo. Planejamento Tributário. Elisão abusiva e evasão fiscal. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 20.

¹² GRECO, Marco Aurélio. Planejamento Tributário. São Paulo: Dialética, 2011, p. 231.

¹³ LOBO TORRES, Ricardo. Planejamento Tributário. Elisão abusiva e evasão fiscal. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 25.

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

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

Greco¹⁴ trata o tema com a maestria peculiar:

Operação Estruturada em Sequência

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

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

Uso de Sociedades

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

Conduit companies

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

Deslocamento da Base Tributável

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

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

“O que existiu foi na realidade transferência de receita representada pela diferença de preços nas transações entre a autora e as demais empresas, pois a

¹⁴ GRECO, Marco Aurélio. Planejamento Tributário. São Paulo: Dialética, 2011, p. 462-476.

receita que não se realizou foi realizada pelas demais empresas, ainda que sob regime de determinação diferente.”

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

Salienta-se que sem a utilização da denominada “empresa veículo” não haveria amortização do ágio, pois tal valor deveria compor o custo do investimento, conforme já abordado. Nesse contexto, é de pouco relevo se a “empresa veículo” efetivamente operava, ou se sua existência foi efêmera. O importante para a caracterização como *conduit company* foi a efemeridade de suas participações no negócio, em si. Em curto lapso, simplesmente por sua interposição em negócio jurídico, foi capaz de causar efeitos tributários, não em si mesma, mas na pessoa jurídica que efetivamente ocupava um dos polos da operação negocial perpetrada.

Conforme se observa, os pontos destacados por Greco ressaltam aos olhos no caso concreto, pois as operações perpetradas pela Recorrente foram estruturadas em sequência, sem qualquer propósito negocial que não seja a mera economia tributária. Ou seja, utilizou-se de sociedade de passagem a fim de que a mais valia na aquisição de ações - contabilizada como ágio e que deveria compor o custo do investimento para fins de apuração de ganho de capital -, após incorporação reversa entre investida e investidora (empresa veículo) em período de 5 meses, se transformasse em despesa dedutível na Recorrente mediante amortização de ágio.

Entendo que, pelas conclusões já expostas não se pode acatar as deduções a título do ágio realizadas pela Recorrente, motivo pelo qual voto por negar provimento ao Recurso Especial do Contribuinte nesta matéria.

Pelo exposto, encaminho meu voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao recurso do Contribuinte, confirmando a decisão recorrida que manteve a glosa do ágio.

2.2 RECURSO ESPECIAL DA FAZENDA NACIONAL

2.2.1 MULTA QUALIFICADA

Consoante já me manifestei em diversos outros casos como o presente¹⁵, em que não há questionamento sobre a existência do ágio e em que a autuação baseia-se exclusivamente na utilização de “empresa veículo” a fim de viabilizar a amortização do ágio, e na ausência de confusão patrimonial entre investidora e investida, *salvo em hipóteses em que presentes situações singulares* (não caracterizadas nos presentes autos), creio não restar caracterizado o dolo a fim de

¹⁵ e.g., no Acórdão nº 9101-005.761, do qual fui relator

que a penalidade possa ser qualificada. Assim, reproduzo a seguir, parcialmente, o quanto afirmei na ocasião:

Sobre o tema, peço vênia para transcrever os fundamentos de meu voto no Acórdão nº 1301-004.133, de 13/10/2019:

PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO ABUSIVO E MULTA QUALIFICADA

Antes de adentrar na análise do caso concreto, entendo ser necessário separar o que sejam atos elisivos em contraposição aos atos evasivos.

O planejamento tributário se caracteriza, na maior parte das situações, pelo seu caráter preventivo. Isto significa que as diversas alternativas existentes são analisadas e avaliadas antes da ocorrência do fato gerador do tributo.

Desse modo, o contribuinte que pretende planejar, com vista à economia de impostos, terá de dirigir a sua atenção para o período anterior à ocorrência do fato gerador e nesse período adotar as opções legais disponíveis.

Alguns autores utilizam expressões para definir o tipo de ato praticado pelo contribuinte. Temos, basicamente: elisão, evasão e elusão.

A denominada elisão equivaleria a um planejamento tributário consistente. Trata-se de obtenção de economia de imposto obtida por interpretação razoável da lei tributária.

Para alguns autores ainda existe o denominado **planejamento tributário abusivo**. Nesse caso, no entender de Ricardo Lobo Torres a economia tributária seria praticada a partir de um ato revestido de forma jurídica que não se subsume na descrição abstrata da lei ou no seu espírito¹⁶. Para Marco Aurélio Greco, teríamos, aqui, a denominada fraude à lei (imperativa), não caracterizando fraude, mas, por afronta ao princípio da capacidade contributiva, daria azo ao pagamento do tributo correspondente. **A não caracterização de fraude implicaria, por conseguinte, a ausência de repercussão penal.**¹⁷

Roberto Lobo Torres, apontando teses do direito internacional, assinala dois testes para detectar a elisão abusiva:

propósito negocial (*business purpose test*): não devem surtir efeitos contra o Fisco os negócios jurídicos que tenham por finalidade única a obtenção de economia de tributos;

proporcionalidade: considera-se abuso de forma a escolha de forma jurídica inadequada que resulte numa vantagem não prevista em lei sem que o contribuinte comprove o fundamento não tributário da escolha, de acordo com o quadro geral das circunstâncias⁶.

¹⁶ LOBO TORRES, Ricardo. **Planejamento Tributário**: elisão abusiva e evasão fiscal. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 8.

¹⁷ GRECO, Marco Aurélio. **Planejamento Tributário**. 3. ed. São Paulo: Dialética, 2011.

Para esse doutrinador, o planejamento tributário abusivo “se restringe ao abuso da possibilidade expressa da letra da lei e dos conceitos jurídicos indeterminados; inicia-se com a manipulação de formas jurídicas lícitas para culminar na ilicitude atípica ínsita ao abuso de direito (art. 187 do Código Civil).”¹⁸

Helena Tôrres¹⁹ denomina como elusão tributária os casos de elisão ilícita. A elisão poderia ser definida como as opções legítimas que o ordenamento apresenta ao contribuinte, já a elisão com abuso de direito, ou elusão, se restringiria aos casos em que o contribuinte, utilizando-se de liberdades negociais, utiliza negócio jurídico legítimo e válido, mas com causa alheia àquela natural do negócio, com o intuito único de economia tributária.

Já a chamada **evasão** se dá [em regra] após a ocorrência do fato gerador, consistindo em sua ocultação “com o objetivo de não pagar o tributo devido de acordo com a lei, sem qualquer modificação na estrutura da obrigação ou na responsabilidade do contribuinte.[...] Compreende a sonegação, a simulação, o conluio e a fraude contra a lei, que consistem na falsificação de documentos fiscais, na prestação de informações falsas ou na inserção de elementos inexatos nos livros fiscais, com o objetivo de não pagar o tributo ou de pagar importância inferior à devida. É, também, crime definido pela lei penal. Não se confundem a fraude à lei, que é forma de elisão abusiva, e a fraude contra legem, que é evasão ilícita”.²⁰

Marco Aurélio Greco esclarece quais as reações do ordenamento jurídico diante da simulação, abuso de direito e fraude à lei:

Na simulação – seja vista da perspectiva da vontade ou do motivo/causa – sempre há um negócio real e um aparente (ou apenas aparente no caso de pura mentira). A reação do ordenamento é considerar ocorrido o negócio real e ignorar o negócio aparente. Aplica-se a lei pertinente ao negócio real (ou ao nenhum negócio).

No abuso de direito, como o problema é o excesso no seu exercício, neutraliza-se o excesso e nega-se a tutela jurídica apenas a essa parte. Portanto, é um caso de ineficácia parcial do que foi feito.

Na fraude à lei, busca-se contornar determinada norma imperativa, mediante a utilização de outra norma (ou ausência de previsão expressa). Neste caso, o ordenamento reage aplicando a norma contornada. Se o contribuinte, por hipótese, quis gerar um ágio para evitar a reavaliação tributada, aplica-se a norma da reavaliação. Fez-se uma cisão seletiva para contornar o ganho de capital na alienação de participação societária, aplica-se a norma do ganho de capital.

¹⁸ LOBO TORRES, Ricardo. **Planejamento Tributário: elisão abusiva e evasão fiscal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 9.

¹⁹ TÔRRES, Helena Taveira. **Direito Tributário e direito privado: autonomia privada, simulação, elusão tributária**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003; pp. 189 e 190.

²⁰ LOBO TORRES, Ricardo. **Planejamento Tributário: elisão abusiva e evasão fiscal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 9-10.

*Note-se a diferença: no abuso de direito há uma norma, um direito e um excesso no seu exercício; na simulação há duas causas ou duas vontades para uma única norma; na fraude à lei, são duas normas para um único ato. Para figuras diferentes, reações diferentes do ordenamento jurídico diante da sua ocorrência.*²¹

Em resumo [e em regra]: a elisão precede a ocorrência do fato gerador no mundo fenomênico. A sonegação e a fraude (= evasão) dão-se após a ocorrência daquele fato.²²

Podemos assim resumir as questões:

Elisão	Planejamento Tributário	Antes do Fato Gerador	Não	-	-
	Planejamento Tributário Abusivo ou Elusão	Antes do Fato Gerador	Não	"Comum" (75%)	Abuso de Direito, Fraude à Lei
Evasão	Sonegação, Fraude (=Dolo)	Em regra, após o Fato Gerador	Em tese, sim	Qualificada (150%)	Sonegação, Fraude ou Conluio

No caso concreto, não tenho dúvidas de que a conduta praticada pela atuada enquadra-se no conceito de elisão abusiva, uma vez que as provas coligidas indicam que todos os atos foram praticados antes da ocorrência do fato gerador, devidamente contabilizados em calçados em documentos formalmente corretos, e, nesse cenário, quer se enquadre tal conduta como abuso de direito (o que implica a requalificação dos fatos), ou como fraude à lei (aplicando-se a lei imperativa para cálculo da exação), não há que se falar em fraude contra lei de que trata o art. 72 da Lei nº 4.502/64.

Também não há que se falar em sonegação (art. 71 da Lei nº 4.502/64), uma vez que todos os atos foram devidamente declarados à Receita Federal, excluindo-se a possibilidade de ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais.

A questão atinente à artificialidade da operação limita-se aos contornos das patologias de abuso de direito ou de fraude à lei, o que, conforme já observado, não implicam afronta direta à lei, mas sim utilização de dispositivo legal com excesso no seu gozo (abuso de direito) ou contorno de determinada norma imperativa mediante a utilização de outra norma, denominada norma de contorno (fraude à lei).

Tanto o abuso de direito quanto a fraude à lei são institutos previstos na lei civil, com características próprias, mas não foram eleitos pelo legislador tributário como razão para qualificação da penalidade.

²¹ GRECO, Marco Aurélio. **Planejamento Tributário**. 3. ed. São Paulo: Dialética, 2011. p. 285-286.

²² LOBO TORRES, Ricardo. **Planejamento Tributário: elisão abusiva e evasão fiscal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 8.

Portanto, tratando-se de planejamento tributário, ainda que abusivo, entendo não restar caracterizado o dolo apto a ensejar a qualificação da penalidade, mormente quando não há ocultação da prática e da intenção final dos negócios levados a efeito.

Como argumento adicional, ao menos em relação à glosa de despesas com amortização de ágio, não há como ignorar que à época dos fatos geradores havia doutrina de peso e a própria jurisprudência do CARF que endossava o procedimento adotado pela autuada.

[...]

Logo, ausentes elementos que permitam enquadrar a conduta da autuada nos conceitos de sonegação, fraude ou conluio (arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64), voto por reduzir a penalidade para 75%.

Também no Acórdão nº 1402-002.183 (sessão de 04/05/2016, referente a fatos geradores ocorridos nos anos-calendário de 2006 a 2008), assim conduzi meu voto no que diz respeito à penalidade:

Analisando o caso, entendo não restar caracterizado o dolo a justificar a exasperação da penalidade.

À época em que os atos contestados foram praticados a jurisprudência do CARF agasalhava o procedimento adotado pela RECORRENTE. A própria decisão recorrida cita o acórdão 1301-000.711, julgado na sessão de 20 de novembro de 2011, que deu provimento a recurso voluntário, por unanimidade, em situação muito similar à tratada nos presentes autos.

O próprio fato de estarmos analisando um recurso de ofício em razão do provimento integral à impugnação já na primeira instância de julgamento, denota que há forte corrente que entende que sequer há infração no caso concreto.

Esta própria turma julgadora, ainda que em composição bem distinta da atual, em situações idênticas ao presente caso, não só não mantinha a multa qualificada como considerava legítimas operações como as perpetradas pela RECORRENTE, cancelando integralmente os respectivos créditos tributários (por exemplo, Acórdão 1402-00.802 – Caso Santander).

Somente no julgamento do Caso Bunge – Acórdão 1402-001.460, realizado na sessão de 08/10/2013, esta turma passou a incluir nova premissa para amortização do ágio (necessidade de extinção do investimento), não aceitando a interposição de “empresa veículo” para aquisição do investimento e posterior incorporação reversa a fim, de que, de modo artificial, se pudesse deduzir das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL o ágio efetivamente pago em razão de rentabilidade futura.

Saliento que não se trata da hipótese de ágio inexistente, como nos casos de “ágio interno”, mas sim de ágio efetivamente pago e de uma interpretação da legislação, ainda que equivocada, aceita, inclusive, por boa parte da doutrina.

Nesse cenário, considero não restar caracterizada a ocorrência de fraude, sonegação ou conluio (arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64), elementos necessários à qualificação da multa de ofício, conforme determina o parágrafo 1º do art. 44 da Lei nº 9.430/96.

Assim sendo, voto por reduzir a penalidade aplicada para 75%.

No caso concreto, o fundamento principal para qualificação da multa de ofício, conforme visto, foi a utilização da empresa “Harman Intermediária” como “empresa veículo” na aquisição da participação societária na empresa Eletrônica Selenium S.A., seguida da incorporação reversa da veículo-controladora pela investida-controlada, por meio da qual operacionalizou-se a amortização do ágio que deu origem ao lançamento.

Nenhum outro elemento se extrai dos autos, com relação à aplicação da multa qualificada, do que a mera constatação da *utilização de empresa veículo, sem atividade operacional efetiva, para efetuar a aquisição da participação societária, e da ausência de confusão patrimonial entre a real investidora e investida.*

Assim, entendo estarmos diante de operação “típica” envolvendo utilização de “empresa veículo”, sem qualquer contorno especial que pudesse ensejar a qualificação da penalidade.

Cabe ressaltar, ainda, que há época dos fatos geradores em exame, a jurisprudência era vacilante acerca da própria amortização do ágio, circunstância que, no mínimo induzia o Contribuinte a realizar manobras desse jaez, o que, a meu ver, no mínimo coloca em dúvida a existência de dolo do sujeito passivo em não recolher tributos, aplicando-se ao caso o concreto o art. 112 do CTN para afastar a qualificação da penalidade.

Assim sendo, encaminho meu voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao recurso da Fazenda Nacional, confirmando a decisão recorrida que reduziu a multa de ofício para 75%.

2.2.2 EXIGÊNCIA CONCOMITANTE DA MULTA ISOLADA E DA MULTA DE OFÍCIO

Insurge-se a Fazenda Nacional contra a decisão recorrida que considerou incabível a cobrança da multa isolada concomitante com a multa de ofício, ao argumento de que o não recolhimento da estimativa mensal caracterizaria *“etapa preparatória”* do ato de reduzir o imposto no final do ano, de modo que isto significaria *“penalizar duas vezes o mesmo contribuinte, já que ambas as penalidades estão relacionadas ao descumprimento de obrigação principal que, por sua vez, consubstancia-se no recolhimento de tributo”*.

Nos presentes autos discute-se o lançamento, de tributos e penalidades, relativo aos anos calendários 2011 a 2013.

Insurge-se a Recorrente contra a decisão *a quo* que considerou incabível a cobrança da multa isolada concomitante com a multa de ofício, ao argumento de que isto representaria uma dupla penalização sobre a mesma base de cálculo, em violação ao entendimento da Súmula CARF nº 105 e ao princípio da consunção ou absorção.

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

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

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

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

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

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

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

[...]

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

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

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

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

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

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

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

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

A alteração da redação do art. 44 da Lei nº 9.430/96 buscou adequar o dispositivo face à jurisprudência então dominante no CARF, mais precisamente a firmada em torno do entendimento do então Conselheiro e Presidente de Câmara José Clóvis Alves, o qual atacava a redação do *caput* do art. 44 da Lei nº 9.430/96 ("*Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas, calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição...*"), e divisava *bis in idem*, entendendo que a "mesma" multa seria aplicada quando do lançamento de ofício do tributo (Acórdão CSRF 01-05503 - 101-134520).

Na nova redação do citado artigo, o *caput* não mais faz referência à diferença de tributo ("*Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas...*"), sendo tal expressão utilizada somente no inciso I, que trata da multa de 75% aplicada sobre a diferença de tributo lançado de ofício. A multa isolada ora é tratada em dispositivo específico (inciso II), que estabelece percentual distinto do da multa de ofício (esta é de 75%, e aquela de 50%). Vê-se, assim, que a nova multa isolada é aplicada, em percentual próprio, sobre o valor do pagamento

mensal que deixou de ser efetuado a título de estimativa, não mais se falando em diferença sobre tributo que deixou de ser recolhido.

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

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

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

De forma geral, o princípio da consunção determina que em face a um ou mais ilícitos penais denominados CONSUNTOS, que funcionam apenas como fases de preparação ou de execução de um outro, mais grave que o(s) primeiro(s), chamado CONSUNTIVO, ou tão-somente como condutas, anteriores ou posteriores, mas sempre intimamente interligado ou inerente, dependentemente, deste último, *O SUJEITO ATIVO SÓ DEVERÁ SER RESPONSABILIZADO PELO ILÍCITO MAIS GRAVE*.²³

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

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

Pois bem. Doutrinariamente, existe *CRIME PROGRESSIVO* quando o sujeito, para alcançar um resultado normativo (ofensa ou perigo de dano a um bem jurídico), necessariamente deverá passar por uma conduta inicial que produz outro evento normativo, menos grave que o primeiro.

²³ RAMOS, Guilherme da Rocha. Princípio da consunção: o problema conceitual do crime progressivo e da progressão criminosa. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 44, 1 ago. 2000. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/996>>. Acesso em: 6 dez. 2010.

Noutros termos: para ofender um bem jurídico qualquer, o agente, indispensavelmente, terá de inicialmente ofender outro, de menor gravidade — passagem por um MINUS em direção a um PLUS.²⁴ (destaques acrescidos).

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

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

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

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

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

Isso posto, voto por dar provimento ao recurso quanto a essa matéria.

3 CONCLUSÃO

Por todo o exposto, voto por CONHECER do Recurso Especial da Fazenda Nacional, e, no mérito, por DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO para restabelecer a multa isolada aplicada sobre a falta de recolhimento das estimativas, e por CONHECER do Recurso Especial do Contribuinte, e, no mérito, NEGAR-LHE PROVIMENTO.

Assinado Digitalmente

Fernando Brasil de Oliveira Pinto

²⁴ Idem, Idem

VOTO VENCEDOR

Conselheiro **Luis Henrique Marotti Toselli**, redator designado

Com a devida vênia, ousou discordar do voto do ilustre relator quanto à exigência de multas isoladas por falta de recolhimento de estimativas em concomitância com a multa de ofício.

A discussão sobre a legitimidade ou não da cobrança cumulativa de multa isolada e multa de ofício não é recente, mas é tema que ainda possui celeuma.

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

Na prática, a Súmula aplica-se indubitavelmente para os fatos compreendidos até dezembro/2006.

Dizemos indubitavelmente porque há corrente doutrinária e jurisprudencial, na linha do que argumenta a Recorrente, que sustenta que, após a nova redação dada pela Lei nº 11.488/2007 (conversão da Medida Provisória nº 351, de 22 de janeiro de 2007) ao art. 44 da Lei nº 9.430/96, não haveria mais espaço para interpretação diversa daquela que conclui pela possibilidade jurídica da exigência de multa isolada sobre estimativas mensais não recolhidas, mesmo nos casos em que também houver sido formulada exigência de multa de ofício em razão da falta de pagamento do IRPJ e da CSLL apurados no final do mesmo ano de apuração.

Por essa linha de pensamento, o Legislador teria prescrito sanções autônomas e inconfundíveis, autorizando ao fisco, na hipótese do contribuinte deixar de recolher estimativas mensais de IRPJ e CSLL, inclusive aquelas apuradas de ofício e, paralelamente, não recolher integralmente estes mesmos tributos no final do período de apuração, aplicar as duas sanções concomitantemente (multa de ofício sobre o IRPJ/CSLL devidos e não recolhidos + multa isolada sobre as estimativas “em aberto”).

Vejamos, então, o que dispõe o art. 44 da Lei nº 9.430/96, com a redação dada pela MP nº 351/2007 (convertida na Lei nº 11.488/2007):

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

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

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

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

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

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

Da leitura desses dispositivos, verifica-se que a *multa de ofício de 75%* prevista no inciso I é aplicável nos casos de falta de pagamento de imposto ou contribuição, de falta de declaração e nos de declaração inexata.

Já a *multa isolada de 50%*, prevista no inciso II, deve incidir sobre o valor das estimativas mensais não recolhidas, ainda que não tenha sido apurado imposto a pagar na declaração de ajuste, no caso de pessoa física e ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente, no caso de pessoa jurídica.

Nesse contexto, não se pode perder de vista que as estimativas são meras antecipações do tributo devido, não figurando, portanto, como tributos autônomos. A propósito, dispõe a Súmula CARF 82 que “*após o encerramento do ano-calendário, é incabível lançamento de ofício de IRPJ ou CSLL para exigir estimativas não recolhidas*”.

Também não nega-se que o não recolhimento das estimativas e o não recolhimento do tributo efetivamente devido são infrações distintas, como foi reconhecido pela própria lei nos incisos I e II acima transcritos. Todavia, e este é o ponto central para a discussão, quando ambas as obrigações não foram cumpridas pelo contribuinte, o princípio da absorção ou consunção impõe que a infração pelo inadimplemento do tributo devido prevaleça, afinal o dever de antecipar o pagamento por meio de estimativas configura etapa preparatória para o dever de recolher o tributo efetivamente devido, este sim o bem jurídico tutelado pela norma.

Adotando, então, uma interpretação histórica e sistemática dos referidos dispositivos legais e Súmulas, verifico que a alteração legislativa mencionada não possui qualquer efeito na aplicação da Súmula CARF nº 105 para fatos geradores posteriores a 2007.

Isso porque a cobrança de multa de ofício de 75% sobre o tributo não pago supre a exigência da multa isolada de 50% sobre eventual estimativa (antecipação do tributo devido) não recolhida. Admitir o contrário permitiria punir o contribuinte em duplicidade, em clara afronta aos princípios da consunção, estrita legalidade e proporcionalidade.

Nesse sentido já se manifestou o E. Superior Tribunal de Justiça, destacando-se, por exemplo, a seguinte passagem do voto condutor proferido pelo Ministro Humberto Martins²⁵, da 2ª Turma desse E. Tribunal:

²⁵ Resp 1.496.354-PR. Dje 24/03/2015.

Sistematicamente, nota-se que a multa do inciso II do referido artigo somente poderá ser aplicada quando não possível a multa do inciso I.

Destaca-se que o inadimplemento das antecipações mensais do imposto de renda não implicam, por si só, a ilação de que haverá tributo devido. Os recolhimentos mensais, ainda que configurem obrigações a pagar, não representam, no sentido técnico, o tributo em si. Este apenas será apurado ao final do ano calendário, quando ocorrer o fato gerador.

As hipóteses do inciso II, “a” e “b”, em regra, não trazem novas hipóteses de cabimento de multa. A melhor exegese revela que não são multas distintas, mas apenas formas distintas de aplicação da multa do art. 44, em consequência de, nos casos ali decritos, não haver nada a ser cobrado a título de obrigação tributária principal.

As chamadas “multas isoladas”, portanto, apenas servem aos casos em que não possam ser exigidas juntamente com o tributo devido (inciso I), na medida em que são elas apenas formas de exigência das multas descritas no caput.

Esse entendimento é corolário da lógica do sistema normativo-tributário que pretende prevenir e sancionar o descumprimento de obrigações tributárias. De fato, a infração que se pretende repreender com a exigência isolada da multa (ausência de recolhimento mensal do IRPJ e CSLL por estimativa) é completamente abrangida por eventual infração que acarrete, ao final do ano calendário, o recolhimento a menor dos tributos, e que dê azo, assim, à cobrança da multa de forma conjunta.

Esse posicionamento, diga-se, foi ratificado em outros julgados, conforme atesta, também de forma exemplificativa, a seguinte ementa:

TRIBUTÁRIO. [...]. CUMULAÇÃO DE MULTA DE OFÍCIO E ISOLADA. IMPOSSIBILIDADE.

[...]

2. Nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos casos de declaração inexata, seria cabível a multa de ofício ou no percentual de 75% (inciso I), ou aumentada de metade (parágrafo 2º), não se cogitando da sua cumulação.” (Resp 1.567.289-RS. Dje 27/05/2016).

Mais recentemente, os Ministros da 2ª Turma do STJ, por unanimidade de votos, reiteraram esse posicionamento, conforme atesta a ementa do julgamento proferido no **Resp 1.708.819/RS**, de 16/11/2023. Confira-se:

TRIBUTÁRIO. ADUANEIRO. MULTA ISOLADA. MULTA DE OFÍCIO. APLICAÇÃO CONCOMITANTE. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO.

1. A multa de ofício tem cabimento nas hipóteses de ausência de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos casos de declaração inexata, sendo exigida no patamar de 75% (art. 44, I, da Lei n. 9.430/96).

2. A multa isolada é exigida em decorrência de infração administrativa, no montante de 50% (art. 44, II, da Lei n. 9.430/96).

3. A multa isolada não pode ser exigida concomitantemente com a multa de ofício, sendo por esta absorvida, em atendimento ao princípio da consunção. Precedentes: AgInt no

AREsp n. 1.603.525/RJ, relator Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe de 25/11/2020; AgRg no REsp 1.576.289/RS, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 27/5/2016; AgRg no REsp 1.499.389/PB, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 28/9/2015; REsp n. 1.496.354/PR, relator Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe de 24/3/2015.

4. Recurso especial provido.

A propósito, em Sessão de 1º de setembro de 2020, esta C. Turma, por determinação do art. 19-E da Lei nº 10.522/2002, acrescido pelo art. 28 da Lei nº 13.988/2020, em julgamento do qual o presente Relator participou, afastou a concomitância das multas de ofício e isolada para fatos geradores posteriores a 2007.

Do voto vencedor do Acórdão nº 9101-005.080, do I. Conselheiro Caio Cesar Nader Quintella, e do qual acompanhei, extrai-se que:

Porém, também há muito, este Conselheiro firmou seu entendimento no sentido de que a alteração procedida por meio da Lei nº 11.488/2007 não modificou o teor jurídico das prescrições punitivas do art. 44 da Lei nº 9.430/96, apenas vindo para cambiar a *geografia* das previsões incutidas em tal dispositivo e alterar algumas de suas características, como, por exemplo a percentagem da multa isolada e afastar a sua possibilidade de agravamento ou qualificação.

Assim, independentemente da evolução legislativa que revogou os incisos do § 1º do art. 44 da Lei nº 9.430/96 e *deslocou* o item que carrega a previsão da aplicação multa isolada, o apenamento cumulado do contribuinte, por meio de duas sanções diversas, pelo simples inadimplemento do IRPJ e da CSLL (que somadas, montam em 125% sobre o mesmo tributo devido), não foi afastado pelo Legislador de 2007, subsistindo incólume no sistema jurídico tributário federal.

E foi precisamente essa dinâmica de saturação punitiva, resultante da *coexistência* de ambas penalidades sobre a mesma exação tributária – uma supostamente justificada pela inoccorrência de sua própria antecipação e a outra imposta após a verificação do efetivo inadimplemento, desse mesmo tributo devido –, que restou sistematicamente rechaçada e afastada nos julgamentos registrados nos v. Acórdãos que erigiram a Súmula CARF nº 105.

Comprovando tal afirmativa, confira-se a clara e didática redação da ementa do v. Acórdão nº 1803-01.263, proferido pela C. 3ª Turma Especial da 1ª Seção desse E. CARF, em sessão de julgamento de 10/04/2012, de relatoria da I. Conselheira Selene Ferreira de Moraes (o qual faz parte do rol dos precedentes que sustentam a Súmula CARF nº 105):

(...)

APLICAÇÃO CONCOMITANTE DE MULTA DE OFÍCIO E MULTA ISOLADA NA ESTIMATIVA.

Incabível a aplicação concomitante de multa isolada por falta de recolhimento de estimativas no curso do período de apuração e de ofício pela falta de pagamento de tributo apurado no balanço.

A infração relativa ao não recolhimento da estimativa mensal caracteriza etapa preparatória do ato de reduzir o imposto no final do ano. Pelo critério da consunção, a primeira conduta é meio de execução da segunda. O bem jurídico mais importante é sem

dúvida a efetivação da arrecadação tributária, atendida pelo recolhimento do tributo apurado ao fim do ano-calendário, e o bem jurídico de relevância secundária é a antecipação do fluxo de caixa do governo, representada pelo dever de antecipar essa mesma arrecadação. (destacamos)

Como se observa, o *efetivo* cerne decisório foi a dupla penalização do contribuinte pelo mesmo ilícito tributário.

Ao passo que as estimativas representam um simples *adiantamento* de tributo que tem seu *fato gerador* ocorrido apenas uma vez, posteriormente, no término do período de apuração anual, a falta dessa *antecipação* mensal é elemento apenas concorrente para a efetiva infração de não recolhê-lo, ou recolhê-lo a menor, após o vencimento da obrigação tributária, quando devidamente aperfeiçoada - conduta que já é objeto penalização com a multa de ofício de 75%.

E tratando-se aqui de ferramentas punitivas do Estado, compondo o *ius puniendi* (ainda que formalmente contidas no sistema jurídico tributário), estão sujeitas aos mecanismos, princípios e institutos próprios que regulam essa prerrogativa do Poder Público.

Assim, um único ilícito tributário e seu correspondente singular *dano* ao Erário (do ponto de vista *material*), não pode ensejar duas punições distintas, devendo ser aplicado o *princípio da absorção* ou da *consumção*, visando repelir esse *bis in idem*, instituto explicado por Fabio Brun Goldschmidt em sua obra²⁶.

Frise-se que, *per si*, a coexistência jurídica das multas isoladas e de ofício não implica em qualquer ilegalidade, abuso ou violação de garantia. A patologia surge na sua efetiva *cumulação*, em Autuações que sancionam tanto a falta de pagamento dos tributos apurados no ano-calendário como também, por suposta e equivocada *consequência*, a situação de pagamento a menor (ou não recolhimento) de estimativas, antes devidas dentro daquele mesmo período de apuração, já encerrado.

Registre-se que reconhecimento de situação *antijurídica* não se dá pela mera invocação e observância da Súmula CARF nº 105, mas também adoção do corolário da *consumção*, para fazer cessar o *bis in idem*, caracterizado pelo duplo sancionamento administrativo do contribuinte – que não pode ser tolerado.

Posto isso, verificada tal circunstância, devem ser canceladas todas as multas isoladas referentes às antecipações, lançadas sobre os valores das exigências de IRPJ e CSLL, independentemente do ano-calendário dos *atos geradores* colhidos no lançamento de ofício.

Digna de nota, também, é a declaração de voto constante desse mesmo Acórdão, da I. Conselheira Livia De Carli Germano, da qual transcrevo o seguinte trecho:

Isso porque, de novo, é essencial destacar que, nos presentes autos, não estamos tratando do principal de tributo, mas da **pena** prevista para a conduta consistente em agir em desconformidade com o que prevê a legislação fiscal (dever de adiantar estimativas mensais).

Neste sentido, a análise dos acórdãos precedentes que orientaram a edição de tal enunciado sumular esclarece que o que não pode ser exigido é apenas o principal da

²⁶ Teoria da Proibição de Bis in Idem no Direito Tributário e Sancionador Tributário. São Paulo: Noeses, 2014, p. 462.

estimativa, visto que este está contido no ajuste apurado ao final do ano-calendário. Não obstante, a pena prevista para o descumprimento do dever de recolher a estimativa permanece - e, até por isso, é denominada “multa isolada”: porque cobrada independentemente da exigibilidade da sua base de cálculo (a própria estimativa devida).

De fato, parece que só faz sentido se falar em exigência *isolada* de multa quando a infração é constatada após o encerramento do ano de apuração do tributo. Isso porque, se fosse constatada a falta no curso do ano-calendário, caberia à fiscalização exigir a própria estimativa devida, acrescida de multa e dos respectivos juros moratórios. Ao estabelecer a cobrança apenas da multa (ou seja, a cobrança “isolada”) quando detectada a falta de recolhimento da estimativa mensal, a norma visa exatamente à adequação da exigência tributária à situação fática.

A título ilustrativo, destaco a argumentação constante de trecho do voto condutor do acórdão 101-96.353, de 17/10/2007, que é um dos que orientaram a edição do enunciado da Súmula CARF 82:

(...)

A ação do Fisco, após o encerramento do ano-calendário, não pode exigir estimativas não recolhidas, uma vez que o valor não pago durante o período-base está contido no saldo apurado no ajuste efetuado por ocasião do balanço.

Na prática, a aplicação da multa isolada desonera a empresa da obrigação de recolher as estimativas que serviram de base para o cálculo da multa. O imposto e a contribuição não recolhidos serão apurados na declaração de ajuste, se devidos.

(...)

Portanto, compreendo que os argumentos acima não são suficientes para levar ao cancelamento da exigência de multas isoladas.

Não obstante, -- **e aqui reside especificamente o ponto em que, com o devido respeito, discordo do voto da i. Relatora** -- compreendo que a cobrança de multa isolada não pode prevalecer se e quando tenha sido aplicada a multa de ofício pela ausência de recolhimento do valor tal como apurado no ajuste anual.

Não nego que a base de cálculo das multas seja diversa (valor da estimativa devida *versus* valor do ajuste anual devido), assim como não nego que se trata de punição pelo descumprimento de deveres diferentes (a multa isolada como pena por não antecipar parcelas do tributo calculadas sobre uma base provisória, e a multa de ofício por não recolher o tributo apurado como devido no ajuste anual).

Ocorre que, sempre que a falta de recolhimento da estimativa refletir no valor do ajuste anual devido e este não for recolhido, ensejando a aplicação da multa de ofício, teremos uma dupla repercussão da primeira infração, já que esta ensejará, ao mesmo tempo, a exigência da multa isolada e da multa de ofício.

Aqui, sim, é relevante o fato de a estimativa ser mera antecipação do tributo devido no ajuste anual, sendo de se ressaltar a impossibilidade de se punir, **ao mesmo tempo**, uma **conduta ilícita** e seu **meio de execução**.

Neste sentido, havendo aplicação de multa de ofício pela ausência de recolhimento do ajuste anual, há que se considerar a multa isolada inexigível, eis que absorvida por esta. E isso não porque se trate da mesma pena (porque não é), mas simplesmente porque, quando uma conduta punível é etapa preparatória para outra, também punível, pune-se apenas o ilícito-fim, que absorve o outro.

Dito de outra forma, não se nega que, no caso, é impróprio falar em aplicação concomitante de penalidades em razão de uma mesma infração: a hipótese de incidência da multa isolada é o não cumprimento da obrigação correspondente ao recolhimento das estimativas mensais, e a hipótese de incidência da multa proporcional é o não cumprimento da obrigação referente ao recolhimento do tributo devido ao final do período. Não obstante, porque uma das condutas funciona como etapa preparatória para a outra, em matéria de penalidades deve-se aplicar o princípio da absorção ou consunção.

A matéria é pacífica na doutrina penal, sendo certo, por exemplo, que um indivíduo que falsifica identidade para praticar estelionato apenas responderá pelo crime de estelionato, e não pelo crime de falsificação de documento – tal entendimento está, inclusive, pacificado na Súmula 17 do Superior Tribunal de Justiça: “Quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido”. E isso é assim não porque as condutas se confundam (já que uma coisa é falsificar documento e outra é praticar estelionato), sendo certo também que as penas previstas são diversas e visam a proteger diferentes bens jurídicos, mas simplesmente porque, quando uma conduta for etapa preparatória para a outra, a sua punição é absorvida pela punição da conduta-fim.

Segundo Rogério Grecco, mostra-se cabível falar em princípio da consunção nas seguintes hipóteses: i) quando um crime é meio necessário, fase de preparação ou de execução de outro crime; ii) nos casos de antefato ou pós-fato impunível (Manual de Direito Penal. Parte 16ª ed. São Paulo: Atlas, p.121). Compreendo que o caso das estimativas que repercutem no valor devido no ajuste anual encaixa-se perfeitamente na primeira hipótese.

Neste tema, elucidativo o trecho do voto do então conselheiro Marcos Vinicius Neder de Lima no acórdão CSRF/0105.838, e 15 de abril de 2008 (o qual é citado nos votos condutores dos acórdãos 9101001.307 e 9101001.261, que, por sua vez, são precedentes que inspiraram a edição da Súmula CARF n. 105):

(...)

Quando várias normas punitivas concorrem entre si na disciplina jurídica de determinada conduta, é importante identificar o bem jurídico tutelado pelo Direito. Nesse sentido, para a solução do conflito normativo, deve-se investigar se uma das sanções previstas para punir determinada conduta pode absorver a outra, desde que o fato tipificado constitui passagem obrigatória de lesão, menor, de um bem de mesma natureza para a prática da infração maior.

No caso sob exame, o não recolhimento da estimativa mensal pode ser visto como etapa preparatória do ato de reduzir o imposto no final do ano. A primeira conduta é, portanto, meio de execução da segunda.

Com efeito, o bem jurídico mais importante é sem dúvida a efetivação da arrecadação tributária, atendida pelo recolhimento do tributo apurado ao fim do ano-calendário, e o bem jurídico de relevância secundária é a antecipação do fluxo de caixa do governo, representada pelo dever de antecipar essa mesma arrecadação. Assim, a interpretação do conflito de normas deve prestigiar a relevância do bem jurídico e não exclusivamente a grandeza da pena cominada, pois o ilícito de passagem não deve ser penalizado de forma mais gravosa que o ilícito principal. É o que os penalistas denominam "princípio da consunção".

Segundo as lições de Miguel Reale Junior: "pelo critério da consunção, se ao desenrolar da ação se vem a violar uma pluralidade de normas passando-se de uma violação menos grave para outra mais grave, que é o que sucede no crime progressivo, prevalece a norma relativa ao crime em estágio mais grave..." E prossegue "no crime progressivo, portanto, o crime

mais grave engloba o menos grave, que não é senão um momento a ser ultrapassado, uma passagem obrigatória para se alcançar uma realização mais grave".

Assim, não pode ser exigida concomitantemente a multa isolada e a multa de ofício na hipótese de falta de recolhimento de tributo apurado ao final do exercício e também pela falta de antecipação sob a forma estimada. Cobrase apenas a multa de ofício por falta de recolhimento de tributo.

Essa mesma conduta ocorre, por exemplo, quando o contribuinte atrasa o pagamento do tributo não declarado e é posteriormente fiscalizado. Embora haja previsão de multa de mora pelo atraso de pagamento (20%), essa penalidade é absorvida pela aplicação da multa de ofício de 75%. É pacífico na própria Administração Tributária, que não é possível exigir concomitantemente as duas penalidades — de mora e de ofício — na mesma autuação por falta de recolhimento do tributo. Na dosimetria da pena mais gravosa, já está considerado o fato de o contribuinte estar em mora no pagamento.

(...)

É por isso que, mesmo após a alteração da Lei 9.430/1966, promovida pela Lei 11.488/2007, compreendo que prevalece, em caso de dupla penalização, as razões de decidir (*ratio decidendi*) que orientaram o enunciado da Súmula CARF n. 105, que diz:

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

Em síntese, portanto, compreendo que as multas isoladas aplicadas em razão da ausência de recolhimento de estimativas mensais não podem ser cobradas cumulativamente com a multa de ofício pela ausência de recolhimento do valor apurado no ajuste anual do mesmo ano calendário, eis que, embora se trate de penalidades por condutas distintas (e que visam a proteger bens jurídicos diversos, como acima abordado), estamos na esfera de aplicação de penalidades e, aqui, pelo princípio da consunção, quando uma infração (no caso, a ausência de recolhimento de estimativas) é meio de execução de outra conduta ilícita (no caso, a ausência de recolhimento do valor devido no ajuste anual do mesmo ano-calendário), a pena pela infração-meio é absorvida pela pena aplicável à infração-fim.

Estas são as razões pelas quais, novamente pedindo vênua à i. Relatora, orientei meu voto para cancelar as multas isoladas também quanto ao ano calendário de 2007.

Nesse sentido, e por concordar integralmente com os precedentes jurisprudenciais ora invocados, entendo que as multas isoladas não têm cabimento, devendo ser exoneradas, tal qual decidido no acórdão recorrido.

Conclusão

Pelo exposto, nego provimento ao recurso especial da Fazenda Nacional.

É como voto.

Assinado Digitalmente

Luis Henrique Marotti Toselli**DECLARAÇÃO DE VOTO**

Conselheiro **Edeli Pereira Bessa**.

No Acórdão nº 1401-003.185, o Colegiado *a quo* afastou a qualificação da penalidade por compreender *que um processo de reorganização societária com “etapas artificiais, apesar de formalmente legais” não se qualifica como fraude, mas simulação*. Assim, por entender que não estava presente uma das hipóteses dos arts. 71 a 73 da Lei nº 4.502/64, afirmou-se a aplicação das Súmulas CARF nº 14 e 25. A autoridade lançadora, de seu lado, constatou a existência de fraude e de conluio, especialmente em razão da interposição da denominada “Harman Intermediária”, como descrito no Relatório Fiscal:

Pelos fatos aqui constatados, vemos que as práticas adotadas pelo Sujeito Passivo, em concordância com as investidoras – Harman International e Holdings Holandesa e Americana, e de forma articulada com seus representantes legais, que também representavam a Harman Intermediária, em tese, configuram as hipóteses de fraude e de conluio, conceituadas no texto legal acima.

Conforme demonstrado ao longo deste Relatório, e por meio dos documentos acostados aos autos, foi gestada uma arquitetura simulatória, com a constituição de uma pessoa jurídica apenas sob aspecto formal, visando dar aparente legalidade a um ágio aqui no Brasil com conseqüente aproveitamento de amortização para fins fiscais.

Verifica-se que a referida prática fraudulenta teve participação da própria Harman (Sujeito Passivo) e do Grupo Harman de forma direta por meio das Holdings investidoras. E quem deu azo a esse engendramento foram os representantes legais/procuradores destas pessoas jurídicas.

O recurso especial fazendário teve seguimento com base no paradigma nº 9101-002.802, no qual este Colegiado reformou decisão conduzida por voto desta Conselheira e afirmou presente a hipótese do art. 72 da Lei nº 4.502/64 porque *a aquisição da PRODESMAQ S/A pela CCL INC (negócio real) foi dissimulada pela interposição de uma empresa meramente escritural, como se fosse a verdadeira compradora (negócio fictício), a qual somente serviu para viabilizar o mecanismo de transferência do ágio para a PRODESMAQ S/A, tanto que desapareceu em poucos dias*. Na mesma linha, no paradigma nº 1101-000.899, em posicionamento antes da reformulação promovida no julgado antecedente ao paradigma nº 9101-002.802, esta Conselheira pontuou em seu voto, condutor daquele julgado, que:

Observe, ainda, que a autoridade lançadora aplicou multa qualificada, por entender que o negócio jurídico praticado foi fictício, montado apenas para gerar uma vultosa exclusão do Lucro Real. E, embora a oposição feita ao laudo não mereça prosperar, os fatos descritos demonstram que a APENINA e a MKV foram

criadas apenas para receber em 01/06/99 o capital aplicado na aquisição da LISTEL, a qual migrou do controle indireto exercido pela AVERDIN para o controle direto desta após as incorporações que deram ensejo à amortização do ágio aqui em debate. Nas palavras da Fiscalização, a incorporação da ALIENA e da APENINA pela LISTEL não alterou a composição do capital social da incorporadora, já que as participações daquelas duas no capital da LISTEL eram seus únicos ativos.

Conclui-se, daí, que a criação da APENINA e da MKV teve por objetivo, apenas, construir um cenário que se assemelhasse à hipótese legal que autoriza a amortização do ágio pago na aquisição de investimentos, circunstância que, infringe os incisos II e IV do art. 1º e o inciso I do art. 2º da Lei nº 8.137/90, bem como o art. 72 da Lei nº 4.502/64.

Os três casos comparados, portanto, têm em conta acusações fiscais que concluíram pela qualificação da penalidade na hipótese em que pessoa jurídica é interposta por sua controladora unicamente para aquisição de investimento com ágio, seguindo-se sua extinção por incorporação pela adquirida, com vistas à amortização fiscal do ágio pago. E, ao passo que os paradigmas afirmaram a caracterização da hipótese do art. 72 da Lei nº 4.502/64, o acórdão recorrido vislumbrou, apenas, simulação, e em razão disto afastou a qualificação da penalidade.

Com respeito às multas isoladas por falta de recolhimento de estimativas, afastadas no acórdão recorrido em razão de sua aplicação concomitante com a multa de ofício aplicada sobre o ajuste anual, os paradigmas nº 9101-003.002 e 9101-002.745 bem apontam o cabimento desta concomitância em relação a fatos geradores pretéritos ao ano de 2007, confirmando o dissídio jurisprudencial.

Assim, o recurso especial da PGFN deve ser CONHECIDO.

O recurso especial da Contribuinte teve seguimento com base no paradigma nº 1302-003.434, que foi revisitado por este Colegiado em razão de recurso especial interposto pela PGFN, ao qual foi negado seguimento no Acórdão nº 9101-005.790, especialmente em razão da declaração de voto a ele integrada pelo Conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado, que destacou como *fundamento principal da autuação a utilização de empresa veículo como forma de viabilizar a posterior amortização do ágio pago*, e decidiu pela validade da operação porque *devidamente comprovado nos autos que houve o efetivo pagamento (sacrifício patrimonial) para a aquisição do investimento por parte da empresa adquirente e tendo a própria lei reguladora permitido a incorporação reversa para fins de amortização da despesa*, a evidenciar que *a forma utilizada pela recorrente para a realização do negócio encontra-se dentro dos limites da liberdade de organização de seus negócios, não lhe sendo vedado utilizar aquela que lhe propicie, dentro do ordenamento legal, o menor custo tributário (maior vantagem tributária, em verdade)*. Ressaltou-se, ainda, que *a pessoa jurídica que detinha a participação era, indubitavelmente, a empresa holding que foi a responsável pela aquisição da participação societária no Brasil, ainda que os recursos tenham vindo, confessadamente, de empresas situadas no exterior*.

Aqui, o voto vencedor do acórdão recorrido se prende ao fato de que a “Harman Intermediária” teria *servido apenas de “intermediária para receber o aporte de recursos vindo do exterior para aquisição das ações da Selenium com ágio...”*. Esta pessoa jurídica denominada “empresa-veículo” figurou como adquirente no contrato de compra e venda de ações, tendo a controladora estrangeira como garantidora, pagando 85% do valor negociado, mas são relatadas várias evidências de que a controladora estrangeira era a companhia *líder e frente das negociações*. Destacou-se, ainda, o seguinte excerto da acusação fiscal:

Então, não temos uma ou outra inconsistência durante a curta vida da Harman Intermediária, mas um conjunto de fatos atípicos para uma sociedade minimamente organizada. Como exposto, a Harman Intermediária foi constituída a partir de um CNPJ de prateleira, não possuía sede, não tinha despesas de manutenção, não possuía empregados, nem remunerava seus administradores, e ainda, seus registros contábeis seguiram práticas contraditórias em uma escrituração que não observou as devidas formalidades.

Os fatos acima são o claro reflexo de uma sociedade que nasceu com data de validade para ser extinta. O objetivo primordial em nenhum momento foi o de permanecer como uma empresa de participação, no controle da Selenium, mas o de carrear o ágio para dentro da investida. Sendo esta a finalidade principal da empresa veículo, somada à certeza de sua imediata extinção, muitos quesitos, que seriam tratados com atenção por uma pessoa jurídica com ânimo definitivo, simplesmente são ignorados nesse quadro.

[...]

[...] O objetivo primordial em nenhum momento foi o de permanecer como uma empresa de participação, no controle da Selenium, mas o de carrear o ágio para dentro da investida. Sendo esta a finalidade principal da empresa veículo, somada à certeza de sua imediata extinção, muitos quesitos, que seriam tratados com atenção por uma pessoa jurídica com ânimo definitivo, simplesmente são ignorados nesse quadro.

A irresignação que motiva a negativa de provimento ao recurso voluntário neste ponto foi calcada, essencialmente, na constatação de que *a controladora no exterior realizou uma expressiva capitalização na sua controlada no Brasil, para CINCO meses após a aquisição das ações, providenciar a sua extinção por meio de uma incorporação, não sem antes utilizá-la para adquirir uma participação societária com ágio e realizar uma série de atos encadeados para o fim de forçar o início imediato do aproveitamento desse ágio*. E o paradigma nº 1302-003.434 tem em conta pessoa jurídica intermediária que recebe o aporte de capital em 31/01/2007, promove a aquisição do investimento e é extinta por incorporação pela investida em 30/03/2007.

Aspectos que poderiam, eventualmente, desassemelhar os casos, foram assim neutralizados no voto condutor do acórdão recorrido:

Outras questões trazidas no Recurso Voluntário foram conduzidas para explicar a inexistência de simulação, uma vez que no Relatório Fiscal – **Item 6.3 Multa de**

Ofício – 150%, a autoridade autuante, ao justificar a aplicação da qualificação da multa de ofício afirmou que teria ocorrido uma “*arquitetura simulatória*”, que tudo teria ocorrido “...com a finalidade de reduzir a carga tributária de forma ilegal, todas as partes citadas concordaram em manter a simulação e a amortização indevida do ágio, aceitando participar da evidente fraude fiscal. Assim, a multa de ofício será aplicada em dobro, nos termos da lei.”

Creio que não se precisa entrar neste debate, uma vez que a própria Relatora do voto vencido já havia retirado, em seu voto, a qualificação da multa de ofício, decisão que foi acompanhada de forma unânime por todos os Conselheiros.

[...]

Eventuais desacertos entre a contabilização do ágio com os laudos de avaliação, de informações desconstruídas por parte da Recorrente, então mencionados no **Relatório Fiscal**, entendo que não cabe aqui entrar de maneira contundente nesta discussão, até porque, como relatorado e do voto que ora se profere, a questão central litigiosa já foi devidamente depurada, em face do que foi considerado no Auto de Infração.

Estamos aqui tratando de glosa de exclusões **indevidas** e de ajustes indevidos no RTT, decorrentes de amortizações de ágio. O Auto de infração é bem claro quanto à natureza da infração apontada e, caso a autoridade autuante quisesse separar a infração constatada, em (i) amortização indevida de ágio e (ii) glosa de valores que não poderiam compor o valor do ágio, poderia até tê-lo feito e teríamos duas situações distintas, mas assim não preferiu fazer, apesar de todos os comentários e análises que expos no **item 2.2.1 Registros Contábeis na Harman Intermediária, item 2.2.2 Normas Fiscais e Contábeis sobre o Registro de Ágio e item 2.2.3 Laudos elaborados por Ernst & Young**.

Apesar de a autoridade autuante fazer menção em sua conclusão no **Relatório Fiscal**, acerca de a Recorrente induzir na composição do ágio rubricas que dele não poderiam fazer parte, o fato é que a autuação, como fartamente demonstrado, encontra-se amparada nos arts 7º e 8º da Lei nº 9.532 de 1997. (*destaques do original*)

Assim, o acórdão recorrido compreende como fundamento único do lançamento a artificialidade na interposição da “Harman Intermediária”, em contexto fático substancialmente semelhante ao do paradigma nº 1302-003.434.

Por sua vez, o paradigma nº 1201-001.507 também traz operação sob a mesma estrutura, na qual a pessoa jurídica intermediária é capitalizada por investidores estrangeiros entre 25/06/2007 e 17/10/2007 e, depois de adquirir a investida entre 28/06/2007 e 11/10/2007, é extinta por incorporação por esta investida em 13/12/2007. E, à semelhança do primeiro paradigma, o recurso especial contra ele interposto pela PGFN também não foi conhecido no Acórdão nº 9101-003.007, vez que o paradigma oposto quanto à amortização fiscal do ágio trazia hipótese de aquisição seguida de transferência para empresa-veículo.

Por tais razões, o recurso especial da Contribuinte também deve ser CONHECIDO.

No mérito do recurso especial da Contribuinte, esta Conselheira reitera o voto vencido recentemente apresentado no Acórdão nº 9101-006.940, que teve em conta acusação fiscal semelhante à presente, com evidências das negociações entabuladas pela controladora estrangeira para aquisição do investimento posteriormente efetivada mediante aporte de recursos em empresa-veículo constituída apenas para este fim e posterior extinção por incorporação pela investida:

Como descrito no conhecimento, a divergência jurisprudencial demonstrada reside na interpretação firmada, no voto condutor do acórdão recorrido, de que a amortização fiscal de ágio permitida pelos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97 não é prejudicada por *operação de aquisição anterior de uma pessoa jurídica, terceira, para a posterior compra de outra com sua conseqüente incorporação*, inexistindo exigência legal de *a empresa incorporada ter sido criada anteriormente ou com intuito específico*. Ademais, o adquirente está definido em lei sob o viés *jurídico-econômico*, no sentido de *que aquele que suporta o encargo deve ser caracterizado pela sua situação jurídica*, sendo equivocada a interpretação com suporte apenas econômico.

O cerne da discussão, assim, se situa na própria dicção do *caput* do art. 7º da Lei nº 9.532/97, segundo o qual a amortização fiscal do ágio é facultada *a pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977*. Essencialmente questiona-se quem é o adquirente da participação societária quando há interposição de pessoa jurídica que opera, apenas, para recebimento dos recursos e sua destinação aos alienantes do investimento adquirido.

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

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

1. Conceito e Contexto Histórico

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

Tratando-se de investimento decorrente de uma participação societária em uma empresa, em brevíssima síntese, o ágio é formado quando uma primeira pessoa jurídica adquire de uma segunda pessoa jurídica um

investimento em valor superior ao seu valor patrimonial. O investimento em questão são ações de uma terceira pessoa jurídica, que são avaliadas pelo método contábil da equivalência patrimonial. Ou seja, a **empresa A** detém ações da **empresa B**, avaliadas patrimonialmente em 60 unidades. A **empresa C** adquire, junto à **empresa A**, as ações da empresa B, por 100 unidades. A **empresa C** é a investidora e a **empresa B** é a investida.

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

Adotando-se os padrões da ciência contábil, apesar das ações estarem avaliadas patrimonialmente em 60 unidades, deveriam ainda ser objeto de majoração, ao ser considerar, **primeiro**, se o valor de mercado dos ativos tangíveis seria superior ao contabilizado. Assim, supondo-se que, apesar do patrimônio ter sido avaliado em 60 unidades, o valor de mercado seria de 70 unidades, considera-se para fins de apuração 70 unidades. **Segundo**, caso se constate a presença de ativos intangíveis sem reconhecimento contábil no valor de 12 unidades, tem-se, ao final, que o ágio, denominado *goodwill*, seria a diferença entre o valor pago (100 unidades) e o valor de mercado mais intangíveis ($60 + 10 + 12 = 82$ unidades). Ou seja, o ágio passível de aproveitamento pela empresa C, decorrente da aquisição da empresa B, mediante atendimento de condições legais, seria no valor de 18 unidades.

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

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

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

Assim, voltando ao exemplo, a empresa C, investidora, ao adquirir ações da empresa investida B avaliadas patrimonialmente em 60 unidades, pelo valor de 100 unidades, poderia justificar o sobrepreço de 40 unidades integralmente com base no fundamento econômico de expectativa de

rentabilidade futura do investimento adquirido. Na realidade, a legislação tributária ampliou o conceito do *goodwill*.

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

Em duas situações.

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

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

Naturalmente, no Brasil, em relação ao ágio, a contabilidade empresarial pautou-se pelas diretrizes da contabilidade fiscal, até a edição da Lei nº 11.638, de 2007. O novo diploma norteou-se pela busca de uma adequação aos padrões internacionais para a contabilidade, adotando, principalmente, como diretrizes a busca da primazia da essência sobre a forma e a orientação por princípios sobrepondo-se a um conjunto de regras detalhadas baseadas em aspectos de ordem escritural²⁷. Nesse contexto, houve um realinhamento das normas contábeis no Brasil, e por consequência do conceito do *goodwill*. Em síntese, ágio contábil passa (melhor dizendo, volta) a ser a diferença entre o valor da aquisição e o valor patrimonial justo dos ativos (patrimônio líquido ajustado pelo valor justo dos ativos e passivos).

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

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

²⁷ IUDÍCIBUS, Sérgio de. Manual de contabilidade das sociedades por ações: (aplicável às demais sociedades), 1ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008, p. 31

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

2. Aproveitamento do Ágio. Hipóteses

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

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

Art. 219. Extingue-se a companhia:

I - pelo encerramento da liquidação;

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

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

Não por acaso, **são dois eventos em que a investidora pode se aproveitar do ágio contabilizado: (1) a investidora deixa de ser a detentora do investimento, ao alienar a participação da pessoa jurídica adquirida com ágio; (2) a investidora e a investida transformam-se em uma só universalidade (em eventos de cisão, transformação e fusão).**

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

3. Aproveitamento do Ágio. Separação de Investidora e Investida

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

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

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

(...)

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

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

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

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

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

4. Aproveitamento do Ágio. Encontro entre Investidora e Investida

Já o **segundo evento** aplica-se quando a investidora e a investida transformarem-se em uma só universalidade (em eventos de **cisão, transformação e fusão**). O ágio pode se tornar uma **despesa de amortização**, desde que preenchidos os requisitos da legislação e no contexto de uma transformação societária envolvendo a investidora e a investida.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

O que se pode observar é que o único requisito a ser cumprido, como perda de capital, é que o acervo líquido vertido em razão da incorporação, fusão ou cisão estivesse avaliado a preços de mercado. Contudo, para que se consumasse a perda de capital prevista no inciso I, o valor contábil deveria ser maior do que o acervo líquido avaliado a preços de mercado, e tal situação se mostraria viável, especialmente, quando, imediatamente após à aquisição do investimento com ágio, ocorresse a operação de incorporação, fusão ou cisão²⁸.

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

E, nesse contexto, o aproveitamento do ágio, nas situações de transformação societária, sofreu alteração legislativa. Vale transcrever a

²⁸ Ver Acórdão nº 1101-000.841, da 1ª Turma Ordinária da 1ª Câmara do CARF, da relatora Edeli Pereira Bessa., p. 15.

Exposição de Motivos da MP nº 1.602, de 1997²⁹, que, posteriormente, foi convertida na Lei nº 9.532, de 1997.

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

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

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

Não vacilou a doutrina abalizada de LUÍS EDUARDO SCHOUERI³⁰ ao discorrer, com precisão sobre o assunto:

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

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

(...)

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

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

²⁹ Exposição de Motivos publicada no Diário do Congresso Nacional nº 26, de 02/12/1997, pg. 18021 e segs, <http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?datSessao=01/12/1997&tipDiario=2>. Acesso em 15/02/2016.

³⁰ SCHOUERI, Luís Eduardo. Ágio em reorganizações societárias (aspectos tributários). São Paulo : Dialética, 2012, p. 66 e segs.

Merece transcrição o Relatório da Comissão Mista³¹ que trabalhou na edição da MP 1.602, de 1997:

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

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

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

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

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

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

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

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

Isso porque o ágio aplica-se apenas em investimentos sociedades coligadas e controladas avaliado pelo MEP, conforme previsto no art. 384 do RIR/99.

³¹ Relatório da Comissão Mista publicada no Diário do Congresso Nacional nº 27, de 03/12/1997, pg. 18024, <http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?datSessao=01/12/1997&tipDiario=2>. Acesso em 15/02/2016.

O método tem como principal característica permitir uma atualização dos valores dos investimentos em coligadas ou controladas com base na variação do patrimônio líquido das investidas.

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

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

(...)

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

(...)

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

(...)

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

E esclarece o art. 385 do RIR/99 que se a pessoa jurídica adquirir um investimento avaliado pelo MEP por valor superior ou inferior ao

contabilizado no patrimônio líquido, deverá desdobrar o custo da aquisição em (1) valor do patrimônio líquido na época da aquisição e (2) **ágio** ou **deságio**. Para a devida transparência na mais valia (ou menor valia) do investimento, o registro contábil deve ocorrer em contas diferentes:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Trata-se precisamente de lucros esperados a serem auferidos pela controlada ou coligada, em um futuro determinado. Por isso o adquirente

(futuro controlador) se propõe a desembolsar pelo investimento um valor superior ao daquele contabilizado no patrimônio líquido da vendedora. Por sua vez, tal expectativa deve ser lastreada em demonstração devidamente arquivada como comprovante de escrituração, conforme previsto no § 3º do art. 385 do RIR/99.

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

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

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

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

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

IV - deverá amortizar o valor do deságio cujo fundamento seja o de que trata o inciso II do § 2º do artigo anterior, nos balanços correspondentes à apuração do lucro real, levantados durante os cinco anos-calendário subsequentes à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no mínimo, para cada mês do período de apuração.(...) (grifei)

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

5. Amortização. Despesa.

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

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

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

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

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

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

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

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

Por sua vez, logo após as Subseções II (Depreciação de Bens do Ativo Imobilizado) e III (Depreciação Acelerada Incentivada), encontra previsão legal a amortização, no art. 324, na Subseção IV do RIR/99³².

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

6. Despesa Em Face de Fatos Construídos Artificialmente

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

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

³² Art. 324. Poderá ser computada, como custo ou encargo, em cada período de apuração, a importância correspondente à recuperação do capital aplicado, ou dos recursos aplicados em despesas que contribuam para a formação do resultado de mais de um período de apuração (Lei nº 4.506, de 1964, art. 58, e Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 15, § 1º).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Situação completamente diferente ocorre no ramo tributário. Não há norma de despesa que recepcione uma situação criada artificialmente. **As despesas devem decorrer de operações necessárias, normais, usuais da pessoa jurídica.** Impossível estender atributos de normalidade, ou usualidade, para **despesas**, independente sua espécie, **derivadas de operações atípicas**, não consentâneas com uma regular operação econômica e financeira da pessoa jurídica.

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

7. Hipótese de Incidência Prevista Para a Amortização

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(...)

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

Percebe-se claramente, no caso, que o suporte fático delineado pela norma predica, de fato, que investidora e investida tenham que integrar uma mesma universalidade: A **pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão**, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio.

A conclusão é **ratificada** analisando-se a norma em debate sob a perspectiva da hipótese de incidência tributária delineada pela melhor doutrina de GERALDO ATALIBA³³.

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

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

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

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

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

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

³³ ATALIBA, Geraldo. Hipótese de Incidência Tributária, 6ª ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2010, p. 51 e segs.

ao absorver ou ser absorvida pela pessoa jurídica B, possa aproveitar o ágio cuja **origem** deu-se pela aquisição da pessoa jurídica A da pessoa jurídica B.

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

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

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

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

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

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

Em relação ao aspecto **material**, há que se consumir a **confusão de patrimônio** entre investidora e investida, a que faz alusão o *caput* do art. 386 do RIR (*A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio...*). Com a confusão patrimonial, aperfeiçoa-se o **encontro de contas** entre o real investidor e investida, e a amortização do ágio passa a ser autorizada, com repercussão direta na **base de cálculo** do IRPJ e da CSLL.

Na realidade, o requisito expresso de que investidor e investida passam a compor o mesmo patrimônio, mediante evento de transformação societária, no qual a investidora absorve a investida, ou vice-versa, encontra fundamento no fato de que, com a confusão de patrimônios, o lucro auferido pela investida passa a integrar a mesma universalidade da investidora. SCHOUERI³⁴, com muita clareza, discorre que, antes da absorção, investidor e investida são entidades autônomas. O lucro auferido pela investida (que foi a motivação para que a investidora adquirisse a investida com o sobrepreço), é tributado pela própria investida. E, por meio do MEP, eventual acréscimo no patrimônio líquido da investida seria refletido na investidora, sem, contudo, haver tributação na investidora. A lógica do sistema mostra-se clara, na medida em que não caberia uma dupla tributação dos lucros auferidos pela investida.

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

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

Verifica-se, mais uma vez, que a norma em debate, ao predicar, expressamente, que para se consumir o aproveitamento da despesa de amortização do ágio, os sujeitos da relação jurídica seriam **a pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio**, ou seja, investidor e investida, não o fez por acaso. Trata-se precisamente do encontro de contas da investidora originária, que incorreu na despesa e adquiriu o investimento, e a investida, potencial geradora dos lucros que motivou o esforço incorrido.

Prosseguindo a análise da hipótese de incidência da norma em questão, no que concerne ao aspecto **temporal**, cabe verificar o momento em que o contribuinte aproveita-se da amortização do ágio, mediante ajustes na escrituração contábil e no LALUR, **evento que provoca impacto direto na apuração da base de cálculo tributável.**

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

³⁴ SCHOUERI, 2012, p. 62.

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

8. Consolidação

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

[...]

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

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

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

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

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

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

As circunstâncias aqui presentes em muito se assemelham às analisadas no Acórdão nº 9101-006.250, no qual esta Colegiado, por maioria de votos³⁵, negou provimento a recurso especial do sujeito passivo que pretendia a dedutibilidade das amortizações de ágio escrituradas pela investida, depois de esta incorporar a empresa-veículo constituída para liquidação financeira de aquisição cujos contornos já estavam previamente definidos pelas partes:

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

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

³⁵ Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia De Carli Germano, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Alexandre Evaristo Pinto, Gustavo Guimarães da Fonseca e Carlos Henrique de Oliveira (Presidente), e divergiram no mérito os conselheiros Luis Henrique Marotti Toselli, Alexandre Evaristo Pinto e Gustavo Guimarães Fonseca, votando pelas conclusões com fundamentos distintos os conselheiros Livia De Carli Germano e Fernando Brasil de Oliveira Pinto.

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

Também na ocasião, a **GLA Brasil** integralizou outro aumento de capital na **GLBBT**, no valor dos dividendos de R\$ 266.764.461,00 (duzentos e sessenta e seis milhões, setecentos e sessenta e quatro mil, quatrocentos e sessenta e um reais) recebidos da **Sky Brasil**²⁴.

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

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

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

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

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

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

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

O acórdão recorrido constatou com precisão:

[...]

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

Para além das evidências do fluxo econômico de recursos destinados à aquisição, a acusação fiscal teve em conta todos os parâmetros fáticos e jurídicos das operações realizadas, em especial o exercício do direito de preferência, e dessa forma aplicou, no âmbito tributário, os efeitos dos atos jurídicos efetivamente realizados, a partir dos quais resta evidente a ausência de confusão patrimonial entre investidora e investida. Por óbvio, não basta avaliar a entrega de recursos financeiros para identificação de quem experimentou o sacrifício patrimonial na aquisição do investimento. É essencial a análise dos demais aspectos da motivação e negociação para tal aquisição e são estas evidências, antes detalhadas, que autorizam concluir, sem qualquer dúvida, que GLBBT não é a real adquirente das ações alienadas pelas ex-sócias GCP e Distel à sócia remanescente, GLA Brasil, e sua controladora, DIRECTV Group.

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

[...]

No que se refere à validade das operações e presença de propósito comercial na medida em que outras operações societárias, se realizadas, permitiriam a amortização do ágio pago, não se pode acolher as alegações da Contribuinte. A legislação tributária é clara ao exigir a confusão patrimonial

entre investidora e investida. Assim, se não é interesse do grupo empresarial promover esta integração, a impossibilidade de amortização do ágio é inafastável, e representa mera decorrência da escolha feita de não integrar adquirente e adquirida. Irrelevante, assim, se a amortização do ágio seria possível caso GLA Brasil incorporasse ou fosse incorporada pela autuada. Fato é que esta incorporação não ocorreu, e o requisito legal para dedução fiscal do ágio não foi cumprido. *(destaques do original)*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*III - **poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do §2º do art. 20 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração;** (Redação dada pela Lei nº 9.718, de 1998)*

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

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

[...]

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

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

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

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

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

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

Art. 23. [...]

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

[...]

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

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

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

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

[...]

Pertinente citar, novamente, abordagem contida na obra *Ágio em Reorganizações Societárias (Aspectos Tributários)*, antes referida³⁶. Nela, o autor Luís Eduardo Schoueri preliminarmente expõe o entendimento de que o ágio, para o investidor, é custo que deve ser considerado em caso de alienação do investimento. Os resultados auferidos com este investimento são reconhecidos, no patrimônio do investidor, como resultados da equivalência patrimonial, não sujeitos a tributação nesta ótica. Seguindo a mesma lógica, a amortização contábil do ágio por rentabilidade futura, por parte do investidor, também não deve afetar o lucro tributável.

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

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

Caso a investidora fosse empresa nacional, a provisão determinada pela Instrução Normativa CVM nº 349/2001 impediria que a equivalência patrimonial refletisse no seu patrimônio apenas o valor líquido dos resultados, restabelecendo o reconhecimento bruto dos resultados da investida, sem os efeitos da amortização do ágio na investida, dado que a amortização do ágio se repetiria na investidora. A diferença está na redução da carga tributária da investida que esta manobra permite, em desrespeito ao previsto no art. 7º da Lei nº 9.532/97.

³⁶ SCHOUERI, Luís Eduardo Schoueri. *Ágio em Reorganizações Societárias (Aspectos Tributários)*, São Paulo: Dialética, 2012

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

[...]

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

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

O voto condutor do acórdão recorrido, assim, não merece reparos, razão pela qual esta Conselheira acompanha o I. Relator em suas conclusões, para NEGAR PROVIMENTO ao recurso especial da Contribuinte.

Com respeito ao recurso especial da PGFN, o presente voto é pelo seu PROVIMENTO PARCIAL com respeito à qualificação da penalidade, para restabelecê-la no percentual de 100%, sob os fundamentos do paradigma nº 9101-002.802 e tendo em conta as alterações promovidas pela Lei nº 14.689/2023 no art. 44, §1º da Lei nº 9.430/96, bem como pelo seu PROVIMENTO com respeito às multas isoladas por falta de recolhimento de estimativa, sob os mesmos fundamentos do I. Relator.

Assinado Digitalmente

Edeli Pereira Bessa